



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

MATEUS DE ALBUQUERQUE JARDIM ROCHA

**DISCURSOS SOBRE A ORIGEM DO CÁRCERE:
DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL AO MATERIALISMO HISTÓRICO**

BRASÍLIA – DF
2018

MATEUS DE ALBUQUERQUE JARDIM ROCHA

**DISCURSOS SOBRE A ORIGEM DO CÁRCERE:
DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL AO MATERIALISMO HISTÓRICO**

Monografia apresentada como requisito parcial para
a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Bistra Stefanova Apostolova.

BRASÍLIA – DF
2018

MATEUS DE ALBUQUERQUE JARDIM ROCHA

**DISCURSOS SOBRE A ORIGEM DO CÁRCERE:
DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL AO MATERIALISMO HISTÓRICO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Trabalho aprovado em 5 de dezembro de 2018 pelos respectivos membros constituintes da banca examinadora.

Prof.^a Dr.^a Bistra Stefanova Apostolova
Presidente

Prof.^a Dr.^a Maria Pia dos Santos Lima Guerra
Membro

Prof. Dr. Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto
Membro

Prof.^a Dr.^a Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende
Suplente

I believe that very few men are capable of estimating the immense amount of torture and agony which this dreadful punishment, prolonged for years, inflicts upon the sufferers; and in guessing at it myself, and in reasoning from what I have seen written upon their faces, and what to my certain knowledge they feel within, I am only the more convinced that there is a depth of terrible endurance in which none but the sufferers themselves can fathom, and which no man has a right to inflict upon his fellow creature. I hold this slow and daily tampering with the mysteries of the brain to be immeasurably worse than any torture of the body; and because its ghastly signs and tokens are not so palpable to the eye and sense of touch as scars upon the flesh; because its wounds are not upon the surface, and it extorts few cries that human ears can hear; therefore the more I denounce it, as a secret punishment which slumbering humanity is not roused up to stay.

(Charles Dickens)

RESUMO

O presente trabalho se dedica à análise de narrativas históricas que se propõem a tratar da questão do advento da pena privativa de liberdade na prática punitiva moderna. Inicia por uma discussão sobre os papéis e potencialidades da ciência histórica na construção do saber jurídico, nos termos de suas particulares considerações metodológicas. Em seguida, são abordados dois campos discursivos distintos e que divergem em suas narrativas. Primeiramente, apresenta-se a visão defendida pela dogmática jurídico-penal, profundamente sedimentada na literatura dos manuais de direito. Após uma exposição exaustiva de seus elementos discursivos, define-se a narrativa doutrinária como uma apologia ao movimento iluminista reformador do século XVIII, constituída numa diegese hipertrofiada do humanitarismo penal como explicação fundamental para a origem da prisão. Posteriormente, passa-se à análise das narrativas históricas ligadas à tradição marxista, que irão definir as mudanças nas práticas punitivas em função das condições de oferta e demanda de mão de obra. Essa literatura irá se caracterizar, ainda, pela descrição e crítica de uma ideologia do disciplinamento do indivíduo, que teria emergido no contexto do desenvolvimento da sociedade capitalista, e que é colocada como uma característica essencial do modelo punitivo baseado no cárcere. Conclui-se pela insuficiência do discurso dogmático e seu comprometimento com a legitimação da ordem vigente, bem como pela caracterização da história como um campo epistemológico de disputa política.

Palavras-chave: história; prisão; discurso; dogmática; Iluminismo; materialismo; disciplina.

ABSTRACT

The present work is dedicated to the analysis of historical narratives that propose to deal with the issue of the advent of custodial sentence in modern punitive practice. It begins with a discussion about the roles and potentialities of historical science in the construction of legal knowledge, in terms of its particular methodological considerations. Then, two distinct discursive fields are approached, as they diverge in their narratives. Firstly, it is presented the vision defended by the criminal dogmatic, deeply rooted in the literature of law manuals. After an exhaustive exposition of its discursive elements, the doctrinal narrative is defined as an apology to the reformist Enlightenment movement of the eighteenth century, constituted in a hypertrophied diegesis of penal humanitarianism as a fundamental explanation for the origin of prison. Later, it is analyzed the historical narratives linked to the Marxist tradition, which will define the changes in punitive practices in function of the supply and demand conditions of labor. This literature will also be characterized by the description and critique of an ideology of disciplining the individual, which would have emerged in the context of the development of capitalist society, and which is placed as an essential characteristic of the punitive model based on prison. It is concluded by the insufficiency of the dogmatic discourse and its commitment to the legitimation of the prevailing order, as well as by the characterization of history as an epistemological field of political dispute.

Keywords: history; prison; speech; dogmatic; Enlightenment; materialism; discipline.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. METODOLOGIA DE ESTUDO DA HISTÓRIA DO DIREITO: OS PAPÉIS ASSUMIDOS PELO DISCURSO HISTÓRICO NA CONSTRUÇÃO DO SABER JURÍDICO	12
3. A RESPOSTA DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL: O ILUMINISMO REFORMADOR E O “HUMANITARISMO”	21
4. A ANÁLISE MATERIALISTA: A OFERTA DE MÃO DE OBRA E A DISCIPLINA DA CLASSE PROLETÁRIA	38
4.1. RUSCHE: A RELAÇÃO FUNDAMENTAL ENTRE MODELOS PUNITIVOS E AS CONDIÇÕES DE OFERTA E DEMANDA DA MÃO DE OBRA	39
4.2. MELOSSI: A FORMAÇÃO DA CLASSE PROLETÁRIA E A IDEOLOGIA DO DISCIPLINAMENTO	47
4.3. FOUCAULT: A TRIÁDE DE CONCEPÇÕES PUNITIVAS EM DISPUTA NO ADVENTO DA SOCIEDADE MODERNA	53
5. CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	63

1. INTRODUÇÃO

A privação de liberdade como método punitivo é o que caracteriza o sistema penal contemporâneo, sendo a prisão o paradigma institucional que modela toda a prática e o discurso da área. O direito penal de nossa época se estrutura a partir da noção de pena de privativa de liberdade, a ponto de as demais opções jurídicas além do aprisionamento serem conhecidas, em bloco, como “penas alternativas”.

A importância do cárcere para o direito atual se evidencia no valor constitucional alcançado por essa instituição. A Constituição Federal de 1988 traz o conceito de aprisionamento em doze incisos ao longo da redação de seu artigo 5º — indiscutivelmente, o mais importante dispositivo no que concerne o sistema de direitos e garantias fundamentais no Brasil. Ainda que seja possível afirmar a natureza meramente provisória do aprisionamento trazido em alguns desses incisos, é evidente a crucialidade que a noção de privação de liberdade possui.

Além disso, a Constituição Federal, em seu artigo 24, ao dispor sobre as competências legislativas concorrentes entre a União, o Distrito Federal e os Estados, apresenta o conceito de direito penitenciário. O patamar constitucional de um ramo autônomo do direito dedicado exclusivamente à instituição penitenciária coroa, por fim, o cárcere como elemento central e paradigmático da prática penal da atualidade.

Para muito além do texto constitucional, a realidade do instituto da prisão no Brasil escancara a relevância do estudo sobre esse instrumento punitivo. Os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional e atualizado até junho de 2016, revelam o patamar a que se chegou o encarceramento no país.

Segundo o documento, foi ultrapassada a marca de 720.000 pessoas presas no Brasil, e chegou-se a uma taxa de aprisionamento de 352 pessoas para cada 100.000 habitantes¹. Isso significa que o país ostenta a quarta maior população carcerária do mundo, e possui um índice relativo altíssimo em comparação com a média da taxa mundial, que é 144².

Interessante notar a tendência de crescimento desses valores na realidade nacional apontada pelo levantamento. Nunca houve decréscimo da população prisional ao longo de todo o período analisado. Na verdade, o número de presos no Brasil dobrou de 2005 a 2016, e o aumento chega a ordem de 707%, se comparado ao início da década de 90. A expectativa é que

¹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Atualização – Junho de 2016**. Brasília: 2017.

² WORLD PRISON BRIEF. **World Prison Population List**. Londres: 2016.

esses valores se elevem ainda mais no próximo levantamento e que a tendência de crescimento se mantenha ao longo dos anos. Cifras dessa monta levam à identificação do chamado encarceramento em massa no Brasil, com repercussões para o debate sobre questões raciais no país³.

Além de se apresentar como uma realidade quantitativamente relevante, a instituição prisional no Brasil de hoje é caracterizada pelos inúmeros absurdos presentes em seu interior, a configurar um verdadeiro sistema de violações constantes aos direitos mais básicos do ser humano. A própria noção de dignidade da pessoa, tão celebrada pela cultura jurídica de nossos dias e tida como núcleo axiológico do sistema a irradiar seu poder e significado por todo o direito, é algo que simplesmente inexiste no cárcere.

São inúmeros os exemplos de degradação da vida no interior das prisões, com sua característica superlotação e ausência de serviços e bens essenciais à manutenção de padrões mínimos de saúde e bem-estar. O imaginário popular é vívido com os casos de adoecimento, má alimentação, condições insalubres, agressões físicas, violência sexual, ócio absoluto, morte e suicídio nas prisões, tudo a fazer jus ao seu apelido de “sucursais do inferno”. Isso sem levar em conta os aspectos inerentes da própria ideia de privação de liberdade, como restrições de atividades de lazer ou do contato com amigos e familiares.

De fato, poderia ser realizado um estudo inteiramente dedicado ao relato e categorização das violações sofridas pela população carcerária no Brasil e que vão muito além da mera privação de liberdade, a configurar, talvez, verdadeiros suplícios vividos por essas pessoas. Sem dúvida, a historiografia tratará de registrar os horrores do cárcere na contemporaneidade e adicioná-los à longa lista de barbáries da humanidade.

O Relatório Anual 2016-2017 do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura⁴ é farto na descrição de péssimas condições de habitabilidade e de gestão em todas as unidades prisionais visitadas pela equipe de peritos. A leitura desse relatório demonstra a banalidade do padrão de infraestrutura precária, superlotação, alimentação de baixa qualidade, acesso irregular a água potável, discricionariedade da administração na concessão de direitos do apenado, uso excessivo da força policial, escassez de oportunidades de trabalho e educação, escassez de serviços de saúde, e até ausência de governança do Estado nas prisões.

As medidas improvisadas pela administração prisional, como a construção de barracos sem quaisquer critérios de segurança ou a utilização de contêineres enterrados para confinar os

³ BORGES, Juliana. **O que é: encarceramento em massa?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

⁴ Órgão ligado ao Ministério dos Direitos Humanos cuja função é a análise de instalações de privação de liberdade por todo o país, para a constatação de violações e elaboração de relatórios e recomendações.

presos, se somam ao resto para formar “um ambiente de instabilidade propício a violações e cerceamento de direitos, bem como a prática de tortura, maus tratos, tratamentos desumanos, cruéis e degradantes”.

Como se não bastasse, um cenário carcerário descrito de tal maneira ainda conta com a presença de poderosas organizações criminosas em seu interior e que detém grande influência sobre o funcionamento ordinário da vida na prisão, coordenando a ocorrência de crimes dentro e fora dos estabelecimentos. Desse modo, a ocorrência de rebeliões e de autênticos massacres no interior dos presídios são outro ponto chocante da realidade prisional brasileira⁵.

Finalmente, cita-se um último fato a denotar a magnitude que a questão carcerária atingiu no Brasil. Diante do panorama completamente caótico e violador do Estado de Direito em que se encontram as prisões no Brasil, a tornar letra morta as garantias estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal chegou à inédita declaração do chamado estado de coisas inconstitucional em setembro de 2015⁶.

Trata-se do reconhecimento formal e judicial da ocorrência de violações sistemáticas e generalizadas de direitos fundamentais da população presa, ao arrepio de dispositivos constitucionais, documentos internacionais e normas infraconstitucionais. Tudo isso a ensejar uma participação ativa do Poder Judiciário para tirar da inércia os demais Poderes e encaminhar soluções para os problemas do sistema penitenciário no Brasil.

Entre ser o paradigma punitivo definitivo do direito penal contemporâneo e ser, também, talvez o maior exemplo de violação a direitos individuais existente hoje, fica evidente que a privação de liberdade, enquanto instituto jurídico e realidade institucional, atinge o mais alto grau de relevância como objeto de estudo. Dessa maneira, sua análise minuciosa pelas diversas perspectivas de diferentes campos do saber torna-se indispensável.

São inúmeros os ângulos pelo qual seria possível abordar a problemática do cárcere, assim como as perguntas que poderiam servir de ponto de partida para uma pesquisa sobre o tema. Diante desse cenário de crise que a prisão nos apresenta, surgem questões que dizem respeito à sua natureza mais profunda, à essência mesma do fenômeno carcerário. Por que a prisão? Por que motivo, por todo o mundo de matriz jurídica europeia, essa instituição cumpre de forma predominante a função punitiva, a ponto de cárcere e pena serem consideradas comumente quase sinônimos?

⁵ CHAGAS, Bruna. **DVDs com imagens de massacre em prisão do AM se esgotam em camelôs**. *Folha de S. Paulo*, Manaus, 17 jan. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1850612-dvds-com-imagens-de-massacre-em-prisao-do-am-se-esgotam-em-camelos.shtml>. Acesso em: 8 nov. 2018.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015.

Claramente, como ponto de partida de uma investigação científica, essas perguntas precisam ser adequadamente elaboradas. Compreendendo-se a concepção e o estabelecimento de um determinado instituto jurídico não como um acontecimento pontual e restrito, mas, sim, como o resultado de extensos e elaborados processos políticos de significação, a questão assim se coloca: não somente “porque a prisão?”, mas, também, “como a prisão?”; ou seja, como se deu o processo de definição desse mecanismo em particular como o padrão da prática ocidental? Qual foi a série de eventos que levou a essa realidade? Como isso aconteceu?

Desse modo, o presente trabalho se debruça sobre o surgimento da pena privativa de liberdade e da prisão enquanto modelo de instituição punitiva. Traz-se, portanto, a ótica da história do direito para se analisar tanto os aspectos ideológicos quanto materiais relacionadas à questão. A decadência profunda de um fenômeno social parece ensejar de imediato a simples e ingênua, mas também radical pergunta: qual a sua razão de ser?

Em outras palavras, quais os critérios políticos, filosóficos e econômicos que determinaram que um indivíduo que comete um crime deve cumprir a pena no cárcere? Assim, coloca-se como objeto essencial da pesquisa a origem da instituição. Afinal, o aprisionamento enquanto pena e a existência de uma instituição inteiramente dedicada a essa prática são resultados da ação e volição humanas, e não dados da natureza, necessários e permanentes. A prisão há de ter uma origem.

Tais questionamentos não são colocados por mero apego a uma retórica historicista, mas pela potencialidade que a análise da problemática sob esse ângulo oferece para a compreensão do instituto. Ao desnudar as camadas ideológicas que cercam a existência de um fenômeno na sociedade, a investigação histórica permite a visualização de significados que de outro modo restariam ocultos. Por si só, a pergunta sobre a origem do cárcere destrói por completo a mística que envolve sua concepção como algo que sempre existiu e existirá.

Contudo, o presente trabalho não planeja acessar por si a realidade histórica do advento da pena privativa de liberdade — uma pretensão que poderia se considerar, no mínimo, suspeita —, mas, sim, expor as narrativas criadas em diferentes literaturas e que se propõem a solucionar essa questão. De fato, o que se coloca como objeto de investigação são os discursos construídos em torno da origem do cárcere e que reivindicam o mérito de descrever o processo que culminou na instauração desse mecanismo punitivo.

O objetivo do trabalho, portanto, é, antes de tudo, estabelecer de modo claro um quadro orientativo sobre o conhecimento histórico a cerca da origem da prisão, baseado em linhas de pensamento que adquiriram proeminência nesse tópico. E, uma vez que este trabalho está inserido no contexto acadêmico do ensino jurídico, notadamente marcado pelo pensamento

doutrinário e dogmático, esta literatura em particular se coloca como o conteúdo primeiro a ser referenciado na pesquisa e no próprio pensamento dominante da área, consubstanciando-se em verdadeiro parâmetro comparativo. Entretanto, percebe-se que a construção de narrativas históricas consistentes e bem elaboradas está longe de ser a verdadeira vocação do pensamento jurídico dogmático, que não é familiar à metodologia do conhecimento histórico-científico.

Assim, a hipótese que se coloca aqui é a de que o discurso apresentado pela doutrina penal é insuficiente para explicar uma questão tão complexa quanto a da origem do cárcere, e que outros discursos, em franco antagonismo, também existem e disputam a definição de uma narrativa. Pretende-se, desse modo, ir além da história contada nos manuais, e, também, estabelecer um ferramental capaz de avaliar o conteúdo desses discursos.

Evidentemente, enveredar pelos caminhos da história do direito não é tarefa para o amadorismo de uma investigação leiga, ignorante sobre as necessidades e peculiaridades que a pesquisa nesse campo implica. Desse modo, o primeiro passo desse trabalho será o levantamento do instrumental necessário à compreensão e formulação do discurso histórico enquanto meio de se construir uma história institucional.

Trata-se, em realidade, de situar a história do direito enquanto campo do saber, delineando suas capacidades e limites frente a tentativa de se estabelecer uma verdade sobre os acontecimentos da vida humana em sociedade. Somente então poderá se dedicar a análise que diferentes discursos apresentam sobre a origem da pena de prisão.

2. METODOLOGIA DE ESTUDO DA HISTÓRIA DO DIREITO: OS PAPÉIS ASSUMIDOS PELO DISCURSO HISTÓRICO NA CONSTRUÇÃO DO SABER JURÍDICO

Assumido que a presente pesquisa se dará no específico campo da história do direito, é necessário o estabelecimento de uma compreensão sofisticada a respeito da função a ser desempenhada por essa área conhecimento. Dessa maneira, será possível a definição de uma metodologia adequada no tratamento dos textos que servirão de base para o estudo que se seguirá.

Invariavelmente, um conhecimento a respeito da história que se proponha científico sempre estampará essa que talvez seja a maior verdade sobre os fatos da humanidade e das civilizações: que as estruturas e fenômenos sociais, que os arranjos da economia ou da política, que os mecanismos culturais, que as maneiras como se constituem o discurso e o pensamento, que tudo isso — por mais concreto que possa ser —, são dados contingentes do mundo.

Isso equivale a dizer que, se uma dada realidade humana se organiza e estrutura de uma determinada maneira, isso não significa que ela deve ou deveria ser assim organizada, mas apenas que as circunstâncias incidentes naquele tempo e lugar levaram àquele arranjo específico. Ora, a forma como a vida humana se organiza é em si uma obra humana, assim como todos os mecanismos criados para regular essa organização da vida, desse modo, não se trata de uma determinação necessária das leis das ciências naturais, mas do resultado de tomadas de decisões contextualmente condicionadas.

Essa postura filosófica no trato do conhecimento histórico traz consequências fundamentais para o estudo dos fenômenos sociais e políticos, em especial, para o direito. Sendo a sociedade e sua organização política produtos da vontade humana, completamente localizados no tempo e no espaço, qualquer categoria intelectual utilizada em sua formulação que se proponha eterna, absoluta e imutável está imediatamente rechaçada.

E uma vez que o conhecimento jurídico se constitui em larga medida por um saber dogmático, impregnado por valores e categorias dados como certos e irrecusáveis, fica clara a importante missão que a história do direito tem a cumprir. Ao problematizar os pressupostos implícitos dos mecanismos jurídicos e sua validade, afasta-se a postura acrítica do dogmatismo que tende a meramente legitimar e reproduzir uma determinada ordem social e política.

Assim que destacado pelo conhecimento histórico a verdade de que o direito não é uma realidade em si mesma, mas que sua existência se dá sempre inserida em determinado quadro sociopolítico, revela-se a importância dos saberes sociais empíricos na formulação de um conhecimento jurídico que se pretenda científico. Evidentemente, essa concepção vai de

encontro com a ideia de rígida separação entre o estudo das normas e o estudo dos fatos, tão presente na ideologia do direito de hoje, e que afirma que o jurista se presta apenas ao primeiro.

À história do direito, portanto, compete o papel de descortinar as origens sociais das práticas jurídicas e dos discursos que as fundamentam. Por certo que o termo “sociais” é aqui utilizado em sentido amplo, englobando os aspectos econômicos e políticos envolvidos na definição de determinada configuração jurídica. Além disso, o saber histórico também se presta à análise do desenvolvimento ideológico que alimenta os fenômenos do mundo do direito.

Entretanto, é certo que a história do direito, enquanto campo do saber, precisa ser adequadamente desenvolvida para desempenhar tal papel, pois jamais atingiria seu objetivo questionador e desmistificador sem o ajuste preciso de sua metodologia de análise. De fato, o saber histórico pode se configurar, pelo contrário, de modo a buscar a legitimação do direito estabelecido.

Na verdade, o direito é em si mesmo um sistema de legitimação de práticas e estruturas presentes na sociedade, que busca, junto a outros mecanismos reguladores, a estabilização da concordância dos indivíduos com a ordem e o regime vigentes na vida coletiva. Por sua vez, para realizar essa essencial atividade, o próprio direito, enquanto campo intelectual, precisa ser legitimado. E não é de se espantar que o conhecimento histórico seja invocado para contribuir na fundamentação de sua obrigatoriedade.

António Manuel Hespanha descreve três estratégias distintas na formulação de um discurso histórico legitimador do direito e que ameaçam a construção de uma história do direito comprometida com seu valor crítico e científico⁷. São elas: a naturalização dos conceitos e categorias jurídicos; a ideia de progresso do pensamento e da sociedade; e a noção de um saber jurídico como algo neutro e meramente técnico, afastado da realidade e dos fatos sociais.

A análise detalhada de cada uma dessas formas de se conceber uma história do direito como um discurso legitimador da realidade jurídica se mostrará bastante útil mais à frente, particularmente quando for examinado o que a dogmática penal tem a dizer sobre a origem da pena privativa de liberdade. Ainda que esse autor não tenha proposto tais conceitos da maneira como serão apresentados em seguida, esclarece-se que os próximos parágrafos travarão um intenso diálogo com as ideias de Hespanha, inclusive no tocante à construção de uma chamada história crítica do direito.

Quanto à elaboração de discursos considerados naturalizadores, essa estratégia de legitimação, em particular, pode atuar de maneiras diversas. Primeiramente, e de modo

⁷ HESPANHA, A. M. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. 2ª ed. Portugal: Europa-America, 1998.

imediatamente intuitivo, o argumento histórico surgiria para conceder a virtude da antiguidade a determinada solução ou categoria jurídica. A lógica é a de que o que é veterano é bom, e quanto mais velho, melhor.

Ainda que, nos dias de hoje, esse raciocínio tenha perdido parte de sua força — não obstante, possa ser inserido em terrenos específicos do discurso dos juristas —, essa maneira de argumentar teve papel fundamental na legitimação de regimes jurídicos durante um longo período da história e em várias regiões do globo. Modelos jurídicos baseados na ideia de tradição, como foram no Antigo Regime e em partes do mundo oriental, usaram extensivamente o argumento histórico como garantia de legitimidade.

De maneira semelhante, esse raciocínio se mostra útil também na legitimação de um Direito fundamentado em abstrações ligadas à ideia de identidade cultural; ou seja, é um instrumento relevante no desenvolvimento de uma política jurídica conservadora. Diante da supremacia de categorias ideais como “memória popular” e “espírito da nação”, a história jurídica possui um papel dogmático fundamental ao tornar possível a sua significação em termos políticos.

Entretanto, esse modo de se construir o saber histórico sofre com um problema metodológico grave, do qual a ciência de hoje é plenamente consciente. De fato, não existe uma “realidade histórica” como um dado acessível, a qual bastaria descrever para se chegar a algo como uma certeza; e, assim, o papel do historiador se aproxima da ideia de criar significados. Essa noção sobre o saber da história será aprofundada posteriormente, mas frisa-se que isso não significa equiparar o conhecimento histórico à literatura ficcional. Por enquanto, significa apenas que qualquer pretensão de se atingir alguma qualidade definitiva no estudo da história não pode prosperar.

Um pouco diferente, mas ainda dentro de um discurso de naturalização, é a lógica que concede valor a determinado conceito jurídico com base na sua perenidade ao longo da história. Não propriamente a antiguidade do direito, mas, sim, a sua continuidade é vista com louvor — como que a revelar uma espécie de “natureza fundamental” do conceito, à qual é atribuída relevância. Desse modo, um tal conceito jurídico decorreria das categorias absolutas e imutáveis da justiça e da razão humana, e à história caberia o papel de demonstrar que a verdade do seu valor já havia sido alcançada por pensadores anteriores.

Exemplificativamente, cita-se os seguintes espécimes do direito: Estado, personalidade jurídica, direito público e privado, processo, e, mais próximo do objeto do presente trabalho, punição. É evidente que esses conceitos possam resistir ao passar dos séculos, mas a falácia do

argumento de sua eternidade e imutabilidade reside no fato de que sua significação sempre dependeu dos diferentes contextos sociais em que se inseriam.

Nesse sentido, a continuidade terminológica não implica em continuidade semântica e, assim, não há que se falar em um caráter fundamental — valioso e necessário — presente nesses conceitos. A ideia da existência de um significado ulterior das categorias jurídicas se revela, na verdade, uma ardilosa tentativa de postulação de um valor absoluto a elas.

Acrescenta-se, ainda, uma terceira variante do discurso naturalizador como forma de legitimar o direito. Numa lógica, talvez, um pouco menos sofisticada, pode-se afirmar a existência metafísica de uma ordem universal vigente, que por sua vez determinaria como a ordem humana deve se organizar. Trata-se, portanto, de uma ideia de natureza *stricto sensu*, que simplesmente se imporia como realidade, instituindo como as coisas são, em definitivo.

Categorias como gênero e raça são exemplos marcantes inseridos nessa lógica, assim como as noções de sexualidade e afetividade desenvolvidas ao longo da história. O brilhantismo desse discurso está no fato de que, ao se alçar esses conceitos ao grau de uma ontologia da natureza, eles se tornam, dentro dessa sistemática, inatingíveis pelo questionamento e pela argumentação. Desse modo, a qualidade política dessas categorias se omite.

Nesse contexto, o discurso histórico se configuraria de modo a demonstrar a propriedade etérea e abstrata de tais conceitos, ou, ao menos, a não negá-la. Afirma-se, portanto, uma postura metodológica que se baseia no historicismo idealista, em detrimento do pensamento histórico materialista.

Para além da ideia de naturalização das categorias jurídicas — em sua diversidade de apresentações —, o discurso histórico também pode buscar a legitimação do direito através de uma outra perspectiva, diferente na sua maneira de valorar o conceito de tempo e história, mas ainda inserida numa visão idealista dos fenômenos humanos. Trata-se da concepção progressiva de história.

Partindo de um modelo evolucionista, concebe-se a história como uma sucessão linear e contínua de eventos, de sorte que ocorre a acumulação crescente do conhecimento humano e o desenvolvimento e sofisticação da civilização e suas práticas, em direção a um ideal máximo de organização racional da vida. Assim, o direito de hoje seria fruto do avanço da humanidade, em seu abandono de práticas rudes e primitivas em prol da adoção de modelos sofisticados e racionais de regulação da sociedade.

Na construção dessa narrativa, o elemento legitimador que irrompe é o contraste do passado, malvisto e repudiado, com o presente, tido como uma espécie de apogeu da experiência humana. Logo, mistifica-se o direito contemporâneo e faz surgir o culto à ideia de

modernidade, encarnada nas construções intelectuais que estruturam a realidade social e política da civilização ocidental — a supremacia das instituições da democracia liberal e a fundamentalidade do conceito de direito subjetivo na instauração da ordem jurídica são bons exemplos dessa mentalidade.

Evidentemente, essa maneira de se construir o saber histórico peca, do ponto de vista científico, ao ignorar uma multiplicidade de fatores envolvidos na ocorrência dos processos presentes no andamento da história. Em primeiro lugar, porque tende a sobrevalorizar os elementos imediatamente anteriores ao fenômeno histórico, notadamente de natureza ideológica e intelectual, minimizando ou ignorando determinantes que foram lentamente se formando ao longo do tempo. Ora, é apenas bastante provável que o pensamento humano prenuncie uma realidade iminente e se amolde a ela, mas isso não escusa uma restrição deliberada da análise histórica. Na verdade, tal constatação tende a levantar suspeição sobre a ideologia próxima de um fenômeno, enquanto meio idôneo para seu estudo.

Além disso, em meio ao juízo de valor que realiza sobre os acontecimentos da história, a visão de mundo progressiva arbitrariamente seleciona quais consequências dos fenômenos históricos são dignas de nota e quais serão minimizadas ou simplesmente esquecidas. Uma vez que está comprometida com a narrativa apologética da ordem vigente, passa-se a ignorar a dimensão da realidade que contraria a visão evolutiva e benevolente do decurso do tempo.

Finalmente, uma última configuração possível do conhecimento histórico que busca ter um papel legitimador da ordem jurídica é aquela que se propõem a ter um caráter meramente formalista e erudito, alheio à problemática política e ideológica em que se insere a realidade do direito em sociedade. Trata-se, talvez, mais propriamente de uma postura epistemológica do desconhecimento histórico, na medida em que se afirma que a história do direito deve se dedicar apenas ao estudo de eras remotas e longínquas, rejeitando o passado recente ou o presente como objetos de análise.

Desse modo, o campo histórico jurídico se inseriria no esforço de revestir o saber jurídico de um tom de neutralidade, de distanciamento dos conflitos e disputas que permeiam a sociedade. Na verdade, é notório o esforço que o discurso jurídico em geral dispense na tentativa de se afirmar enquanto espaço de pura técnica, sempre almejando se afastar do drama social, ou negar a natureza política inerente à tomada de decisão, ainda que dentro do campo do direito. Uma história do direito descomprometida com sua função de escancarar a relacionalidade dos conceitos jurídicos serviria bem a esse propósito.

Todo esse panorama sobre a legitimação do direito por meio da história exposto até aqui esclarece, portanto, que o saber histórico pode desempenhar uma atividade diametralmente

oposta à sua autêntica vocação de extinguir as certezas sobre as relações sociais, especialmente sobre as convicções jurídicas. É necessário agora estabelecer os parâmetros metodológicos pelos quais se navegará pelo conhecimento histórico — de modo hábil a se construir uma história crítica do direito.

O ponto inicial, que se coloca de imediato, é a renúncia por completo, pelo discurso histórico-científico, de uma concepção da história como uma narrativa fluida e linearizada da vida humana nesse mundo, um mero relato não-problematizável dos eventos ocorridos no tempo. Rejeita-se aqui a ideia do conhecimento histórico como a descrição “daquilo que aconteceu de fato”.

Como colocado anteriormente, essa noção esbarra numa questão filosófica que há muito atormenta os pensadores: o fato de a realidade ser algo inacessível ao conhecimento humano, e, logo, qualquer tentativa de se estabelecer uma “verdade das coisas” estar condenada à frustração. Essa premissa epistemológica implica na impossibilidade de se falar do mundo e sua existência como algo independente do observador. Na verdade, disso resulta a postura filosófica segundo qual a realidade é obra do sujeito que a enxerga.

Para o historiador, essas proposições levam a conclusão de que o trabalho da análise histórica é o de efetivamente criar os significados nos quais se constituirá o conhecimento da História, e que — uma vez que essa última é, na verdade, o produto de uma capacidade inventiva do intelecto — o conceito de uma realidade histórica se reveste de completo artificialismo. Mas tudo isso não quer dizer que o campo histórico ou o próprio conhecimento científico devem ser descartados como meras arbitrariedades.

Diferentemente da imaginação ou da fantasia, o discurso científico, e histórico, se estrutura rigorosamente de modo a manter sua coerência interna e servir de instrumento de articulação daquilo que se poderia chamar de realidade. Afastando-se um pouco daquela eterna celeuma filosófica, pois vai além do interesse do presente trabalho se aprofundar nas questões metafísicas e lógicas da questão, o crucial a se perceber é que a estabilidade do particular sistema de conceitos e valores que é a ciência — e que advém das suas próprias regras de funcionamento — a torna um conhecimento discursivamente utilizável e intelectualmente pertinente, mas que jamais poderá ser tratado como definitivo.

Apresentada e ultrapassada essa restrição inerente ao próprio pensamento analítico em que se consubstancia o estudo histórico, passa-se agora a aspectos relevantes da demarcação do objeto de pesquisa da história crítica do direito: o direito em sociedade.

À visão do direito como um sistema amplo e genérico — agigantado —, necessariamente adjacente aos grandes e formalizados centros de poder político, se opõem a

concepção de uma pluralidade de regimes de ordenação e controle da vida humana que se estendem por toda a sociedade. Enxergar o que existe de jurídico para além do que existe de estatal é tarefa pouco intuitiva para o observador inserido na contemporaneidade, mas que é essencial à compreensão dos fenômenos do mundo do direito em sua amplitude ao longo da história.

Não que se possa dizer que a realidade das sociedades de hoje seja regida por uma verdadeira unidade do direito, mas, sim, que esse imaginário foi de fato estabelecido e inspira a ideologia jurídica em larga medida. Uma análise cuidadosa revela hoje a existência de mecanismos de poder que operam às margens das estruturas políticas formalizadas, como a burocracia e suas práticas. E se isso é verdade atualmente, o era ainda mais num passado em que a capilaridade de um poder central era um fator muito limitado.

Assim, é necessário perceber que o papel e o significado da normatização jurídica não advêm das próprias normas jurídicas, mas da relação que o direito estabelece com os demais sistemas reguladores que compõem o seu contexto de atuação. Nesse sentido, os campos mais difusos da ordenação social adquirem relevância histórica, como, por exemplo, a vida infantil, as práticas afetivas ou a assistência aos pobres — essa última, como se verá, de extremo interesse para o estudo do surgimento do cárcere.

Não obstante essa relação com uma miríade de fenômenos e significados, visualizar o direito em sociedade significa também ser capaz de descrever o processo de produção que lhe é próprio. Ou seja, ir além de explicações genéricas e muito abrangentes para a ocorrência de fenômenos no mundo jurídico, que exageram na utilização de determinadas esferas de causalidade social.

Essa postura anuncia uma crítica a análises mecanicistas e que atribuem a certas condicionalidades práticas ou circunstâncias objetivas a proeminência cabal na origem dos fenômenos jurídicos. Nega-se aqui que a ação humana se dê somente inserida num contexto de determinantes puramente externas — como as leis do mercado, para citar um exemplo paradigmático. Nesse sentido, deve-se conceder grande valor ao plano intelectual de formação do direito.

Afinal, os mecanismos de ordenação da sociedade são resultados da cognição e volição, e, ainda que se deva enquadrar o pensamento humano num contexto específico de realidades materiais, estas só são apreendidas enquanto representações intelectivas, que só adquirem sentido a partir do particular jogo de crenças e valores que compõem determinada mentalidade. Assim, o papel da ideologia não pode ser subestimado nos processos constitutivos do direito.

Se tratar das determinantes externas como se agissem diretamente sobre os agentes da sociedade configura uma simplificação grosseira, tampouco é cientificamente aceitável abordar o pensamento e seu agir como se existissem numa espécie de vácuo. A apreensão da realidade é mediada pela ideologia tanto quanto a última se constitui a partir da primeira.

Desse modo, uma verdadeira e profunda compreensão dos efeitos que as condições materiais de determinado sistema social trazem sobre a sua conformação jurídica e política — a famigerada conexão entre estrutura e superestrutura — só é possível dentro de um modelo de análise que relacione os aspectos culturais e discursivos com a específica dinâmica das circunstâncias objetivas que os determinou.

Fica evidente, portanto, a força estruturante que a ideologia possui, seja se colocando como um conjunto de arquétipos a partir do qual se assimila a realidade ou como discurso que organiza as práticas em sociedade. Assim, o conhecimento histórico envolverá o esclarecimento do arcabouço mental que se relaciona com a concepção de determinado instituto jurídico. A relevância desse entendimento para o presente trabalho se dará na medida em que for esclarecido o papel que a doutrina disciplinadora, típica da modernidade, teve na invenção do cárcere.

Por fim, destaca-se o posicionamento que a história crítica do direito deve assumir frente a ideia de uma linearidade histórica. Tal entendimento levaria à conclusão de que existe uma continuidade epistemológica no decorrer do desenvolvimento do direito, a ensejar uma tradição agregativa de valores e de esforços e que formaria uma unidade cultural jurídica.

Ainda que seja possível argumentar que na história da humanidade nunca ocorreu uma verdadeira e profunda ruptura na estruturação do poder — demonstrada, talvez, pela perenidade do modelo organizacional heterônomo e verticalizado —, seria grosseiro não reconhecer a diversidade de composições sociais nos diferentes momentos e lugares e o que isso significa para o mundo do direito. Desse modo, o conhecimento histórico jurídico deve ser capaz de compreender que a realidade da vida humana em coletividade se dá em movimentos de organização e reorganização dos elementos que a compõem.

Tais processos concorrem, de maneira divergente ou convergente, para formar um modelo de sucessivos rearranjos das condições e características do sistema social. Trata-se, portanto, da criação de uma variedade de contextos de práticas e significados, e, assim, é impossível falar de uma continuidade de sentido dos mecanismos jurídicos utilizados na regulação das respectivas realidades.

Em outras palavras, a contextualização é parte integrante do processo de criação e organização das ideias, e como existem uma pluralidade distinta de circunstâncias objetivas e

subjetivas ao longo do tempo e do espaço, isso implica na existência de significados particulares das categorias e conceitos utilizados para articular a interação do ser humano com o mundo.

Essa percepção tem grandes consequências para o estudo da história, pois significa conceder ao domínio pretérito uma verdadeira autonomia semântica. Desse modo, o presente não se impõe ao passado, projetando suas visões e problemáticas sobre uma realidade que lhe é diversa, mas, sim, passa a executar a tarefa de extrair os significados próprios dessa realidade e que podem lhe ser úteis para a compreensão do seu particular mundo.

Assim, ao deixar de ser mero precursor do presente, o passado readquire sua profundidade e espessura, e ao historiador cumpre acessar as fontes do pensamento anterior de modo a não corrompê-las. Tratar o texto histórico com respeito consiste em não distorcer o seu conteúdo e nem eufemizar o peso das palavras, pois que isso configuraria uma infidelidade ao pensamento original. Tal encargo exige mais do que a mera intenção de lealdade, e se mostrará um aspecto essencial da pesquisa histórica na medida em que o presente trabalho se aprofundar no pensamento iluminista reformador e em como a dogmática penal contemporânea se apropriou do seu significado.

De todo o exposto, não decorre que o direito se constrói a partir de extensas inovações que se dariam a cada rearranjo da estrutura social. Pelo contrário, é evidente que o passado sempre entrega um legado ao tempo que se segue, que se constitui, na verdade, por um amplo conjunto de valores, conceitos, mecanismos e sistemáticas — o qual será utilizado para fundar uma ordem própria, diversa daquela de onde surgiu.

O direito, portanto, herda todas as ferramentas disponibilizadas pelos processos históricos e as utiliza para se constituir enquanto sistema regulador regente. O interessante é notar como, a partir de um instrumental antigo, se produzem novos resultados. Assim, o jurista contemporâneo deve, como legatário, manter uma postura dignificante para com o pensamento do passado, colocando-o num patamar de intelectualidade e consciência nunca inferior ao do presente.

3. A RESPOSTA DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL: O ILUMINISMO REFORMADOR E O “HUMANITARISMO”⁸

Além de sistema regulador da ordem vigente, o direito se apresenta também como um campo de saber técnico, e, dessa maneira, desenvolve uma linguagem que lhe é própria. Essa faceta intelectual, na qual o direito é tratado como uma área do conhecimento em si muito mais do que como uma realidade organizacional da vida em sociedade, é fundamental para a legitimação e para o funcionamento ordinário das instituições políticas.

A linguagem jurídica se estrutura autonomamente, a partir de categorias e significados particulares, de modo que torna possível a articulação de mecanismos políticos de controle e regulação do comportamento. A natureza singular que se atribui ao vocabulário do direito — escancarada pelo mais breve contato com os dispositivos normativos ou as decisões judiciais — tem o importante papel de garantir à sua atividade um grau de independência funcional enquanto sistema regulador.

Tal característica, portanto, tende a enfatizar a relevância da formação do conhecimento jurídico para o desempenho dos instrumentos jurídicos; esse processo é especialmente significativo para a tradição romanista e se intensificou a partir do século XIX. Esse saber próprio se identifica com o pensamento dogmático e sistematizado das categorias do mundo do direito, e se manifesta como a resposta imediata às questões colocadas nesse campo.

Sendo assim, a compreensão do discurso apresentado pela dogmática penal é o primeiro passo na busca por explicações quanto ao surgimento da pena privativa de liberdade na prática jurídica ocidental. Ainda que não se possa tratá-lo como um saber em todo homogêneo, uma vez que se percebe o conhecimento dogmático como um espaço de disputa de diferentes ideias, é possível apontar a existência de narrativas em particular e o papel que exercem.

Pode-se dizer que, no Brasil, boa parte do ensino da dogmática se dá através dos manuais de direito, por comporem uma literatura popular na formação dos juristas — realidade que tem suas raízes no processo de monopolização das profissões jurídicas que se desenrolou a partir do Império e ganhou força na República. O valor da análise dessas publicações se dá na medida em que, nelas, os chamados doutrinadores estruturam os elementos essenciais do arcabouço epistemológico que irá compor toda a linguagem jurídica. Logo, é forçoso notar o papel legitimador do direito vigente que tais obras, de modo geral, exercem.

⁸ Não está a se apontar a hegemonia discursiva da específica narrativa dogmática apontada nesse capítulo. Para tal, seria necessário demonstrar a preponderância da bibliografia analisada no cenário jurídico em termos quantitativos, o que está além do presente trabalho. Buscou-se, no entanto, trabalhar com autores cujos nomes são conhecidos por parte considerável dos estudantes de Direito.

A maneira como a dogmática trata a história do direito se insere nesse contexto de legitimação. Muito aquém da problematização das categorias jurídicas que o conhecimento histórico-científico tenderia a trazer, ao apontar seu caráter temporalmente local, é possível encontrar nos manuais a existência de uma diegese simplista pautada na linearidade do desenvolvimento do direito penal. A perspectiva de uma tradição intelectual agregativa, que evoluiu ao longo dos séculos em direção ao grau de progresso dos dias de hoje, marca o discurso da dogmática penalista.

Isso nos casos em que seus autores não se mantêm completamente silentes quanto aos aspectos históricos dos institutos por eles tratados, a exemplo de Damásio de Jesus⁹ que, em sua obra singelamente intitulada *Direito Penal*, não traçou uma linha sequer sobre o surgimento da pena de prisão ou sobre o desenvolvimento histórico mais amplo do pensamento jurídico-penal.

O significado dessa apresentação é claro: está a se tratar o conhecimento dogmático como algo valoroso em si mesmo, indisputável nas suas premissas, e que carece de justificação ou explicação profunda sobre sua origem. Forja-se, assim, a aura neutral da tecnicidade do direito, que pugna pela sua rígida separação dos fatos em sociedade.

Quanto à construção de uma narrativa baseada na história por parte da doutrina, toma-se como objeto de análise os ensinamentos de Rogério Greco¹⁰. Em seu *Curso de Direito Penal*, o autor dedica um capítulo inteiramente àquilo que denomina como a “evolução histórica” do campo.

Esse autor inicia sua explicação com referências a passagens bíblicas. Segundo ele, “a história da civilização demonstra que, logo no início da criação, o homem tornou-se perigoso para seus semelhantes”¹¹. A partir de uma fusão entre teologia e história, passa a defender a noção de que a vida humana em sociedade não pode prescindir da ideia de punição. Assim, delito e pena são colocados como constantes da história da humanidade.

Greco passa, então, a uma exposição confusa sobre uma série de “fases da pena” ao longo dos tempos. Divide elas em um período vindicativo e um, chamado, período humanitário. O primeiro é subdividido em vingança privada, vingança divina e vingança pública — sobre os quais o autor faz uma dissertação abstrata e indeterminada, sem apresentar qualquer referência temporal ou geográfica precisa —, respectivamente associados à lei de talião, ao misticismo e elementos sacerdotais, e às figuras do Estado e do soberano.

⁹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: Parte Geral**. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral, volume I**. 19ª ed. Niterói: Impetus, 2017.

¹¹ *Ibid.*, p. 46.

Em uma explanação enxuta, o autor não apresenta nada além de remissões a outros manuais jurídicos e a trechos bíblicos como fonte para suas observações quanto aos períodos vindicativos. Para além da obscuridade em sua análise, é notório o tom despetivo com que trata a questão, ao se referir às “incontáveis atrocidades praticadas”. Diz, ainda, que “a criatividade maligna dos homens não tinha limites”. No entanto, o autor não abandona o teor evolucionista, pois traz afirmações como “a vingança pública surge, nessa fase da evolução histórica do Direito Penal, e [está] fundamentada na melhor organização social [...]”, para em seguida citar a “imposição de penas cruéis e desumanas”¹².

Em seguida, Greco se propõe a falar sobre o direito penal na Grécia Antiga até o direito penal canônico, passando pelo direito romano e também pelo germânico. Com um vasto e heterogêneo objeto de estudo como esse, o autor, com muita pressa, faz uma exposição absolutamente carente de profundidade sobre todos esses tópicos. Não é abordada nenhuma perspectiva que busque revelar os significados centrais dos mecanismos punitivos existentes nessas realidades. Pelo contrário, tem-se apenas uma série de considerações breves e sem a devida contextualização para cada uma delas.

Quanto à Grécia Antiga, por exemplo, o autor sequer cita as chamadas leis draconianas ou qualquer conjunto normativo em particular, nem diz nada sobre a estrutura sociopolítica grega. Se limita, em um único parágrafo, a apenas apontar a ausência de uma separação completa entre fundamentos religiosos e uma base moral e civil para a pena — incorrendo em grave anacronismo, e sem citar fontes — e, então, colaciona um pequeno excerto doutrinário em que trata do caráter coletivo de algumas penas aplicadas à época¹³. Nada mais.

A metodologia não é diferente para os demais períodos sobre os quais se pôs a discorrer: algumas poucas linhas dedicadas a observações genéricas e desconectadas, seguidas por citações diretas de obras dogmáticas. Quanto ao direito penal romano, alude-se a Lei das Doze Tábuas e adiciona-se um pequeno comentário doutrinário sobre a falta de sistematização dos institutos penais. Para o direito germânico, aponta-se a existência dos institutos da ordália e da chamada vingança de sangue e o seu caráter primitivo em que predominava a resolução das questões criminais pela força. E quanto ao direito canônico, algumas linhas citando eventos da história eclesiástica apartados mais de dois milênios no tempo, acompanhadas por um trecho de doutrina em que se aponta a influência benéfica do direito canônico para a dogmática jurídico-penal.¹⁴

¹² *Ibid.*, p.49.

¹³ *Ibid.*, p. 50.

¹⁴ *Ibid.*, p. 51–53.

De fato, nesse ponto, tão pobre é o texto em seu conteúdo e tão desconexas são as ponderações apresentadas que se torna difícil atribuir algum sentido acadêmico ao que diz. A escassez de delimitações precisas quanto ao lugar e ao tempo sob análise, assim como a ausência de referências a fontes historiográficas, afastam o caráter científico da narração.

Evidentemente, o autor teve a preocupação única de fazer mera alusão a esses tópicos históricos, sem, no entanto, oferecer um material rico a seu respeito¹⁵. É de se questionar a motivação por trás dessa estrutura narrativa. Afinal, se há tamanho desinteresse pela confecção de um conteúdo consistente a respeito da história do direito penal, por que se dar ao trabalho de trazê-lo à tona, especialmente em termos tão amplos? Por que não simplesmente se abster de falar da história, como faz Damásio de Jesus?

A mera apreensão formal dessas realidades históricas é insuficiente para o estabelecimento de um conhecimento substancial sobre elas, mas realiza a importante função discursiva de servir como ponto de referência epistemológico — ou melhor, contraponto — para as reflexões com que segue o autor. Trata-se de uma compreensão linguística, no sentido de contenção, de mero encapsulamento; a qual torna possível a articulação dessas realidades com os conceitos que autor trabalhará em seguida.

A razão de ser para um tal forçoso empreendimento de construção de uma narrativa histórica do direito penal fica clara quando se percebe sua verdadeira vocação: produzir um discurso consubstanciado na mais pura apologia ao pensamento iluminista do século XVIII. Em verdade, o conhecimento sobre o passado anterior ao Iluminismo foi confeccionado e apresentado de modo a servir exclusivamente como objeto de contraste, um passado rude e primitivo que, através do desenvolvimento da racionalidade humana, deu lugar ao direito evoluído presente nos dias de hoje. Trata-se de autêntico discurso de legitimação baseado na ideia de progresso, como se demonstrará agora.

Greco inicia sua explicação sobre o chamado período humanitário com o seguinte trecho:

As modalidades de penas foram variando ao longo dos anos. A privação da liberdade, como pena principal em virtude da prática de um fato criminoso, é relativamente recente.

Até basicamente o período iluminista, as penas possuíam caráter aflitivo, ou seja, o corpo do homem pagava pelo mal que ele havia praticado. Os olhos eram arrancados, os membros mutilados, o corpo esticado até se destronar, sua vida esvaía-se numa cruz, enfim, o mal da infração penal era pago com o sofrimento físico e mental do criminoso.¹⁶

¹⁵ No total, foram dedicadas 8 páginas para todo o período histórico que se estende da Antiguidade ao século XVII, num relato que não apresenta coesão. *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, p. 54.

Segundo o autor, até o final do século XVIII, a privação de liberdade era tida somente como uma medida cautelar, um meio para se garantir a aplicação das penas corporais e aflitivas; e que estas últimas foram aos poucos sendo substituídas pelo aprisionamento. São citadas como raras exceções as prisões eclesiásticas e, também, as casas de trabalho forçado surgidas na Inglaterra e na Holanda a partir da segunda metade do século XVI.

Em seguida, passa-se à defesa da ideia de que a evolução histórica das penas se deu por um processo de atenuação de seu rigor associada ao desenvolvimento de um pensamento marcado pela sensibilidade ao sofrimento humano. O autor afirma que o progresso mais importante nesse sentido ocorreu com a passagem do Antigo Regime ao Estado Constitucional.

A natureza meramente processual da prisão até aquela época é um argumento bastante salientado pelo autor. Em mais de um trecho afirma que a detenção do acusado tinha o objetivo de meramente evitar que se evadisse da imposição das verdadeiras penas. Em suas palavras: “assim, o corpo do acusado tinha de se fazer presente, razão pela qual, em muitos casos, aguardava preso seu julgamento. No entanto, logo após a execução da sua pena – se não fosse, obviamente, a de morte – era libertado”¹⁷.

A narrativa de Greco, então, se fecha entorno da ideia de que o pensamento iluminista foi determinante na rejeição das penas corporais e infamantes e da pena de morte, em prol da aplicação do aprisionamento como medida punitiva que atende à noção de humanidade da pena. Segundo ele, foi a partir da razão iluminista e do humanismo que se estabeleceu a prática da pena privativa de liberdade. E firma o autor:

[...] Com a virada do século XVIII, principalmente após a Revolução Francesa, em 1789, a pena de privação de liberdade começou a ocupar lugar de destaque, em atenção mesmo a um princípio que, embora embrionário, começava a ser discutido, vale dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁸

Com tamanha ênfase que dá ao entendimento de que o modelo punitivo atual é um produto da intelectualidade humana — orientada por princípios e valores condolentes —, não é de se espantar que o autor passe, em seguida, a se dedicar exclusivamente à análise da obra de pensadores tidos como importantes para o desenvolvimento do campo jurídico-penal. Mais do que apontar o impacto de suas ideias nas práticas punitivas, Greco se preocupa em apresentar uma série de aspectos pessoais dos pensadores e marca seu texto com subjetivismo, fazendo um verdadeiro epinício ao movimento iluminista.

Iniciando por Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria (1738–1794), comumente referido apenas por sua região de origem, o autor se dá ao trabalho de expor um conjunto de

¹⁷ *Ibid.*, p. 55.

¹⁸ *Ibid.*, *loc. cit.*

detalhes sobre sua vida e sobre a feitura de sua aclamada obra *Dos Delitos e das Penas*, publicada no ano de 1764. Não sem antes descrevê-lo como:

[...] um Marquês, um homem que, embora gozasse das regalias que sua condição lhe proporcionava, não virava as costas para os acontecimentos sociais de seu tempo. Um homem que, preocupado com a dignidade do ser humano, não ficou inerte ante o sofrimento infligido aos cidadãos pelo próprio Estado opressor.¹⁹

Rogério Greco aponta a fundamentalidade do pensamento do “mestre de Milão” — como gosta de chamá-lo — para o desenvolvimento do pensamento jurídico-penal moderno e o estabelecimento da principiologia penalista vigente atualmente. Traça, inclusive, uma estreita relação entre a obra de Beccaria e um cumprimento de pena que não seja ofensivo à dignidade humana.

O doutrinador descreve o cenário do século XVIII como uma situação de terror e desigualdades. Cita a existência do processo penal inquisitivo, realizado secretamente, sem que o acusado tivesse conhecimento das provas produzidas, e assinala a prevalência da tortura como meio oficial utilizado pelo Estado para obter a confissão. Greco afirma que os juízes eram peças fracas e frágeis a serviço de um governo despótico, sempre parciais em suas decisões, e que as penas eram indeterminadas, aplicadas de acordo com a conveniência do julgador.

O autor apresenta, assim, uma descrição ameaçadora da sociedade do Antigo Regime, e, ao compará-la com as considerações do pensamento iluminista, coloca estas últimas como a superação triunfal da racionalidade sobre o direito penal primitivo. Em suas palavras:

[...] Enfim, o caos reinou até que surgiram os pensadores iluministas, que se colocaram contra todo esse sistema, e Beccaria se transformou em um dos principais mentores de uma reforma que já se fazia tardia.

As lições e os princípios propostos por Beccaria modificaram completamente a maneira de tratar o ser humano, que tem em seu favor, como direito inato, sua dignidade.

O direito de castigar ainda continuava sendo necessário? Claro que sim, mas, a partir daquele momento, sem a desproporção, a crueldade e a desigualdade com que era aplicado.²⁰

Greco não poupa esforços em pintar uma caricatura do século XVIII. Ao apontar a colisão entre as novas concepções penais propostas pelo pensamento ilustrado e os interesses das forças políticas à época, afirma que “os administradores despóticos [...] não se preocupavam com o bem-estar de seus administrados” e que “sua consciência, se é que existia, não os incomodava”²¹.

O doutrinador, então, discorre de maneira ampla sobre o sistema axiomático penal que nasce a partir da reforma iluminista, como é comumente chamada pela dogmática jurídica. Cita

¹⁹ *Ibid.*, p. 56.

²⁰ *Ibid.*, p. 58.

²¹ *Ibid.*, p. 59.

a apresentação, por Beccaria, da teoria contratualista como fundamento para o poder de punir e, como consequência, o surgimento dos princípios da legalidade e da taxatividade da norma penal. Para Greco, o mote para a introdução desse novo ideário foi a luta contra as práticas desumanas e tirânicas existentes na época.

Chama especial atenção o raciocínio elaborado por Greco ao analisar a exposição de Beccaria quanto à ideia de proporcionalidade da pena. Para o doutrinador, à época do marquês, tratava-se com rigor excessivo determinadas situações que não o exigiam e, por outro lado, de forma extremamente branda fatos que mereciam um rigor maior. Ele afirma que, como as penas eram corporais e aflitivas, normalmente se mostravam desproporcionais ao delito cometido.

Após colacionar um pequeno trecho da obra de Beccaria, Greco sintetiza a noção iluminista de pena proporcional da seguinte maneira: “quanto maior o dano e maior a importância do bem atacado, maior deverá ser a punição, desde que atendido, obviamente, o princípio da dignidade da pessoa humana”²². Nota-se, portanto, a centralidade que o doutrinador dá para o espírito humanitário no pensamento reformador, consubstanciado na ideia de dignidade humana. O autor, assim, relaciona a noção de proporcionalidade da pena disposto pelo iluminismo reformador com o fim das penas supliciantes e, logo, com o nascimento da pena privativa de liberdade.

Ainda sobre as consequências das ideias de Beccaria, Greco faz uma transposição de seus significados para a realidade da prática punitiva contemporânea, afirmando que:

[...] O condenado, agora, pelo fato de ter descumprido uma das cláusulas do imaginário contrato social, perderá uma parcela do seu direito de liberdade.

Nos dias de hoje, nos países em que se preserva a dignidade da pessoa humana, afora a pena de morte, o máximo que se poderá impor ao agente que praticou o delito será sua privação de liberdade, ficando preservados seus demais direitos.

Nesse sentido, determina o art. 3º da Lei de Execução Penal [...] ²³

O doutrinador, portanto, infere uma forte associação entre o pensamento iluminista e o estabelecimento da prisão como pena. Ele reafirma que o paradigma punitivo carcerário surge como consequência da introdução dos princípios reformadores na teoria penalista, sempre com foco numa orientação humanitária.

Greco segue sua exposição do pensamento ilustrado citando a figura de John Howard (1726–1790), cuja obra *The State of Prisons in England and Wales* é tida como um marco do humanitarismo penal. Novamente, o autor apresenta uma grande preocupação em narrar aspectos biográficos do reformador, dando um tom personalista ao texto, de autêntica reverência.

²² *Ibid.*, p. 61.

²³ *Ibid.*, p. 62.

De fato, a vida de Howard foi marcada por suas visitas a estabelecimentos prisionais por toda a Europa e, também, por seu trabalho como xerife na Inglaterra. Desse modo, ele teve um contato direto e intenso com as práticas punitivas vigentes e pôde produzir relatos singulares da realidade de sua época. Segundo Greco, a formação calvinista de Howard fazia dele um defensor do regime penitenciário voltado à reforma do apenado.

O autor, então, aponta que o trabalho de Howard se dedicou à fixação das bases para um cumprimento da pena de privação de liberdade de modo que não se agredisse os demais direitos do indivíduo. Para Greco, a grande preocupação do reformador era proporcionar uma condição de vida mais digna aos presos em estabelecimentos penais.

Nota-se que o doutrinador concede, outra vez, grande centralidade ao ideal humanitário como motor do pensamento reformador, sempre colocado em contraste com uma realidade cruel e degradante existente. A narrativa glorificadora da obra de Howard, por parte de Greco, é nítida ao dizer que “sua luta [...] não foi em vão” e que “fez despertar os sentimentos de solidariedade e humanidade, até então deixados de lado”²⁴.

Incansável em sua apologia, o doutrinador continua a reforçar a narrativa histórica baseada na ideia de que, até o século XVIII, o direito penal era marcado pela barbárie, e que isso só viria a mudar com o advento do Iluminismo. O trecho a seguir é esclarecedor quanto a prevalência dessa ideologia:

Com a chegada do século XVIII, sobretudo com o movimento que recebeu a denominação de “iluminista”, justamente porque vinha colocar luzes sobre as trevas até então existentes, a história das penas começou a mudar. O ser humano passou a ser visto de forma mais digna. Havia uma preocupação em sua preservação, com diminuição significativa das penas cruéis, infamantes, que somente deixavam transparecer a fúria do Estado opressor e covarde, contra um de seus súditos, que não podia buscar socorro em nada, tampouco em ninguém.

Grandes pensadores e defensores humanistas levantaram suas vozes durante esse período, como vimos. Parecia que os gritos de dor estavam ecoando por todo o globo terrestre, fazendo com que em diversos países um exército de valentes comesse a se formar, a exemplo do que ocorreu na Itália, na França, na Inglaterra, na Alemanha etc.

A uma voz perdida entre a multidão, gritos de protestos começaram a se juntar, formando um grande coro. Novos pensamentos surgiram, novas ideias começaram a ser construídas por um mundo melhor, sem tanta inflição de dor. O Estado, que deveria nos fornecer condições mais dignas de vida, não podia ser o nosso maior carrasco.

O crime, que sempre existiu na história e ainda continuará a existir nesta terra dominada pelo mal, embora tivesse de ser reprimido, o seria com menos crueldade.²⁵

E, então, repetindo ainda outra vez essa visão caricata de superação de um modelo punitivo baseado na crueldade da pena, por meio de uma racionalidade gloriosa e triunfante orientada por valiosos princípios, Greco firma o seu entendimento quanto à origem do cárcere.

²⁴ *Ibid.*, p. 66.

²⁵ *Ibid.* p. 67.

Segundo ele, o aprisionamento enquanto pena surge como solução para a grande problemática da punição que, ao passo que é um imperativo da vida em sociedade, deve ser também humana:

O final do século XVIII foi marcado por uma mudança de mentalidade estatal quanto à pena de privação de liberdade. Inicialmente, como vimos, havia um caráter meramente provisório, cautelar, fazendo as vezes de local para que o acusado ou mesmo o condenado aguardasse sua execução, normalmente, por uma pena corporal, que lhe infligiria um castigo pelo mal que havia cometido, ou mesmo a morte.

A prisão começava a ganhar novo *status*. Agora, de mera coadjuvante, passou a ocupar o lugar principal. [...] ²⁶

Portanto, o discurso doutrinário legitima o poder de punir criando uma narrativa histórica — e repetindo-a à exaustão — na qual o direito penal vigente possuiria, como essência, uma vocação humanista. Assim, a defesa da ideia de que princípios humanitários se encontram na base da dogmática jurídico-penal e do desenvolvimento das práticas punitivas passa a ser fundamental.

E isso se dá ainda que os acontecimentos históricos indiquem outra coisa, obrigando a doutrina a lidar com uma estranha contradição: o fato das instituições prisionais, desde seu advento como modelo de punição padrão, a partir do final século XVIII, serem amplamente caracterizadas como desumanas e degradantes aos apenados. Ora, a narrativa doutrinária aponta que a privação de liberdade enquanto pena surgiu exatamente para promover a dignidade humana.

O discurso dogmático passa, então, a tratar a questão prisional como um problema de implantação e aprimoramento do modelo. Ou seja, a concepção do cárcere é elevada ao grau de ideal, essencialmente humanitária, e, diante de uma realidade degradante em seu interior, deve-se pugnar apenas pela sua reforma, ainda que assim seja desde sua origem. A doutrina, a um só movimento, estabeleceu o princípio da humanidade como fundamento da pena de prisão e a tornou inquestionável.

Greco continua sua narrativa da seguinte maneira:

[...] Mas seus problemas [da prisão] eram evidentes. A desumanidade ainda fazia parte do seu contexto. Lugares insalubres, sem ventilação adequada, úmidos, desprovidos do mínimo necessário para que uma pessoa pudesse habitá-los, eram os utilizados para que o condenado cumprisse sua pena de privação de liberdade. Era um ambiente fétido, promíscuo, que tinha somente por finalidade fazer o condenado pagar pelo seu erro, e nada mais.

Essas verdadeiras masmorras foram duramente combatidas pelos pensadores iluministas [...] ²⁷

O autor apresenta em seguida um terceiro e último representante do pensamento iluminista reformador: Jeremy Bentham (1748–1832). Sobre ele, expõem alguns detalhes de

²⁶ *Ibid.*, loc. cit.

²⁷ *Ibid.*, loc. cit.

sua vida pessoal e discorre muito brevemente sobre sua teoria filosófica e jurídica — o utilitarismo —, que é colocada em contraposição ao paradigma do contrato social e ao pensamento jusnaturalista.

Novamente, Greco aponta a centralidade do humanitarismo como fundamento para o desenvolvimento de sua teoria penitenciária. Afirma que, “como um humanista, Bentham propunha a reforma do sistema prisional por um modelo que garantisse a dignidade da pessoa humana” e que “[Bentham] passou a dedicar-se a encontrar esse modelo, o que ocorreu com a criação do chamado panóptico”²⁸.

É interessante notar que, na explicação que se segue sobre o famigerado panóptico, Greco apresenta uma série de informações sobre como a estrutura arquitetônica idealizada por Bentham era, na verdade, uma obra detalhadamente elaborada com base na ideia de racionalização dos recursos e dos procedimentos carcerários, buscando a máxima eficiência na vigilância e no disciplinamento dos presos. Entretanto, nada é dito sobre como isso se relaciona à aludida dignidade humana que teria inspirado o pensador. Parece que, no afã de construir uma narrativa dotada de determinado sentido, Greco inseriu um significado na obra original que nem ele mesmo pôde achar.

Desse modo, por todo o exposto, fica nítida a confecção de uma história jurídica voltada à legitimação do direito vigente na obra de Greco. Em um momento muito posterior de seu *Curso*, após ter passado por toda a dogmática da chamada teoria do crime, ao iniciar o estudo da teoria da pena, o autor sintetiza em um único parágrafo a base de sua estrutura narrativa sobre a história do direito penal:

Verifica-se que desde a Antiguidade até, basicamente, o século XVIII as penas tinham uma característica extremamente aflitiva, uma vez que o corpo do agente é que pagava pelo mal por ele praticado. O período iluminista, principalmente no século XVIII, foi um marco inicial para uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à cominação das penas. Por intermédio das ideias de Beccaria, em sua obra intitulada *Dos Delitos e das Penas*, publicada em 1764, começou-se a ecoar a voz da indignação com relação a como os seres humanos estavam sendo tratados pelos seus próprios semelhantes [...] ²⁹

²⁸ *Ibid.*, p. 68.

²⁹ *Ibid.*, p. 619. Imediatamente após, o autor colaciona um excerto doutrinário exclusivamente dedicado a tecer uma série de elogios em aclamação à figura do Marquês de Beccaria. E também, a realçar o caráter idealista de sua teoria histórica, logo antes dessa citação e sob o mesmo tópico denominado “Origem das Penas”, Greco novamente une teologia e história: “Na verdade, a primeira pena a ser aplicada na história da humanidade ocorreu ainda no paraíso, quando, após ser induzida pela serpente, Eva, além de comer o fruto proibido, fez também com que Adão o comesse, razão pela qual, além de serem aplicadas outras sanções, foram expulsos do jardim do Éden. Depois da primeira condenação aplicada por Deus, o homem, a partir do momento em que passou a viver em comunidade, também adotou o sistema de aplicação de penas toda vez que as regras da sociedade na qual estava inserido eram violadas. Assim, várias legislações surgiram, ao longo da existência da raça humana, com a finalidade de esclarecer as penalidades cominadas a cada infração por elas previstas, a exemplo das leis dos hebreus, concedidas por Deus a Moisés durante o período no qual permaneceram no deserto à espera da terra prometida, bem como os Códigos de Hamurabi e de Manu.”

Portanto, assim resume-se o argumento do autor: a punição sempre foi e sempre será um imperativo da vida em sociedade; até o século XVIII, existia um direito penal primitivo, que era a expressão da brutalidade e irracionalidade de uma civilização pouco evoluída; e os institutos penais dos dias de hoje, especialmente a pena privativa de liberdade, são frutos do progresso intelectual da humanidade que se deu a partir do movimento iluminista.

Essa mesma estrutura argumentativa é encontrada no *Curso de Direito Penal* de Guilherme Nucci³⁰, de maneira praticamente idêntica. Com as mesmas imprecisões e vaguesas na descrição do passado anterior ao pensamento reformador, esse autor descreve em 8 páginas sua “evolução histórica do direito penal”, dividida em: direito penal primitivo, romano, germânico, canônico, comum medieval e, finalmente, direito penal humanitário³¹. Este último recebe, em seguida, uma explicação mais profunda.

Nucci também apresenta o advento do pensamento iluminista como a grande ruptura com o passado de penas atrozes, e, inclusive, cita a mesma lista de figuras ilustres apontadas por Greco em sua obra — Beccaria, Howard e Bentham —, também sempre salientando o suposto aspecto humanitário de suas obras.

Ao falar sobre as visitas de John Howard a estabelecimentos prisionais na segunda metade do século XVIII, Nucci afirma que este pensador defendia a humanização dos presídios, e em seguida diz:

Na realidade, as penas ainda não eram, principalmente, privativas de liberdade nessa época, mas constituíam prisões provisórias, enquanto se aguardava a pena principal, que, geralmente, era a morte. No entanto, o encarceramento exagerado de mendigos, vagabundos, pequenos delinquentes, tornou os presídios superlotados.³²

Esse comentário é relevante para a pesquisa sobre a origem da pena de prisão porque demonstra que existe na doutrina muita dificuldade em reconhecer as experiências de internação em casas de trabalho forçado — que se disseminaram pela Europa e pela América do Norte a partir do século XVI — como modelos penais, ainda que fossem destinadas à repressão de determinadas condutas.

Para uma outra literatura histórica, de matriz materialista e marxista, o estudo profundo dessas instituições é primário para a compreensão do surgimento do cárcere na modernidade, como se verá nos capítulos seguintes do presente trabalho. De fato, os “presídios” visitados por

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. O exemplar consultado foi a versão digital da distribuidora Sapere Aude, tido como obra genérica, portanto, a numeração das páginas não corresponde à paginação original.

³¹ *Ibid.*, p. 96–103.

³² *Ibid.*, p. 106.

Howard eram, além das cadeias para detenção provisória, exatamente essas casas de trabalho forçado, as quais inspiraram o seu ímpeto pela “reforma carcerária.

Embora apresente o mesmo discurso de Greco, de cunho evolutivo e progressivo, quanto ao desenvolvimento mais amplo dos institutos jurídico-penais, em que se concede grande ênfase ao humanitarismo da reforma iluminista para o fenômeno da mudança histórica na natureza das penas, Nucci não é taxativo em afirmar que o advento da pena privativa de liberdade se deu em função dessa ideologia em particular. Segundo o autor:

Deve-se, ainda, destacar que a prisão, como pena privativa de liberdade principal, surgiu apenas a partir do século XVII, consolidando-se no século XIX. Até essa época, utilizava-se a prisão como meio de guardar os réus, preservando-os fisicamente até que houvesse o julgamento. Esses sistemas penitenciários, que consagraram as prisões como lugares de cumprimento da pena, foram, principalmente, os surgidos nas colônias americanas.

Há menções de que, antes do sistema americano, outros modelos de prisão celular foram implantados na Europa, como o ocorrido em 1677 com o cárcere de Murate, em Florença, ou os estabelecimentos de Amsterdã entre os anos de 1595 e 1597.

Na realidade, começou-se a implementar, de fato, esse sistema de 1681 em diante, idealizado por Guilherme Penn, fundador da colônia da Pensilvânia, cumprindo despacho do Rei Carlos II, que proscreveu a severidade das prisões inglesas, generalizando-se, então, a partir daí, as penas privativas de liberdade como formas de buscar a ressocialização.³³

Nota-se que ele deslocou o surgimento da pena de prisão para o século XVII, e faz menção, inclusive, ao final do século XVI, muito antes do ano de 1764, data de publicação da obra de Beccaria. Esta é seu primeiro marco temporal — e também referência definitiva em toda a dogmática — utilizado para tratar do chamado período humanitário. Nucci, dessa maneira, atesta tacitamente que outros fatores além do iluminismo reformador foram responsáveis pelo advento do cárcere na prática punitiva moderna.

Entretanto, o autor nunca chega a elaborar propriamente quais fatores teriam sido esses. Talvez, porque poderia ser difícil conciliar a narrativa histórica a qual se filiou e que sustentou nas páginas precedentes com uma análise honesta e profunda da realidade da sociedade europeia pós-medieval.

Por fim, Nucci apresenta um comentário interessante ao tratar dos diferentes sistemas penitenciários que se desenvolveram no início do século XIX nos Estados Unidos, num contexto em que o cárcere já passava a ocupar o posto de pena por excelência na teoria penalista. Sobre os modelos prisionais paradigmáticos existentes, em que havia a exploração do trabalho dos presos, o autor afirma:

Registre-se que esse sistema de privação da liberdade, com trabalho imposto aos condenados, também tinha a finalidade de sustentar o capitalismo, com mão de obra barata e sem o poder de reivindicação dos trabalhadores livres, caracterizando

³³ *Ibid.*, p. 108.

um período denominado utilitarista. Entrou em declínio quando os sindicatos americanos passaram a desenvolver ações impeditivas da compra dos produtos fabricados pelos presos, pois reputavam haver concorrência desleal.³⁴

Nucci, assim, faz uma pequena concessão à ideia de que o sistema punitivo possui estreito vínculo com a estrutura econômica da sociedade, em franca contraposição ao argumento idealista que vinha apresentando sobre o desenvolvimento dos institutos penais anteriormente. Ainda assim, seu afastamento da narrativa doutrinária legitimadora não vai além disso.

Uma exposição interessante é feita no *Tratado de Direito Penal* de Cezar Roberto Bittencourt³⁵. Tal qual os supracitados autores, logo na parte inicial da obra, Bittencourt dedica um capítulo exclusivamente à história do direito penal, apresentando a notória divisão entre os períodos vindicativos e o período humanitário.

Também em poucas páginas, esse autor apresenta uma descrição bastante vaga de todo o período histórico até o advento do iluminismo no século XVIII, e cita especificamente o mesmo conjunto de tópicos que Greco e Nucci; nomeadamente, o direito penal romano, o germânico, o canônico e o direito penal comum. Nenhum desses temas recebe aprofundamento, apenas comentários breves em que se destaca a crueldade e severidade das penas e, também, o caráter primitivo e pouco sistematizado dos institutos penais.

Bittencourt, então, inicia sua lição sobre o período humanitário:

As características da legislação criminal na Europa em meados do século XVIII — *século das luzes* — vão justificar a reação de alguns pensadores agrupados em torno de um movimento de ideias que têm por fundamento a razão e humanidade. As leis em vigor inspiravam-se por ideias e procedimentos de excessiva crueldade, prodigalizando os castigos corporais e a pena capital. O Direito era um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juízes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com sua condição social. Inclusive os criminalistas mais famosos da época defendiam em suas obras procedimentos e instituições que respondiam à dureza de um rigoroso sistema repressivo.

A reforma dessa situação não podia esperar mais. É na segunda metade do século XVIII quando começam a remover-se as velhas concepções arbitrárias: os filósofos, moralistas e juristas dedicam suas obras a censurar abertamente a legislação penal vigente, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade humana.³⁶

A fórmula discursiva é exatamente a mesma constatada anteriormente noutros autores: a narrativa evolucionista da história jurídica, que se inicia por uma apresentação superficial e imprecisa de um passado caracterizado como rude e imperfeito, e é seguida pela apologia ao movimento ilustrado do século XVIII, em que se teria instaurado o regime da razão e da humanidade no direito penal que vigora atualmente. Inclusive, Bittencourt também se dedica a

³⁴ *Ibid.*, p. 109.

³⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁶ *Ibid.*, p. 81.

discorrer de maneira mais ou menos longa sobre a aparentemente clássica tríade de personalidades formada por Beccaria, Howard e Bentham.

Entretanto, a obra de Bittencourt se distingue por um aspecto notável. Em um ponto avançado de seu texto, logo antes de iniciar seu ensino dogmático sobre as consequências jurídicas do delito, o autor dedica um capítulo inteiramente à particular análise da história da pena de prisão. Nesse momento da obra, o autor rompe definitivamente com a tradição discursiva da doutrina que se satisfaz com a associação da origem do cárcere com o humanitarismo penal.

Isso já se denota de suas considerações introdutórias ao tema, como se vê:

A prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma. A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que a mesma guarda em sua essência contradições insolúveis.

A origem da pena é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a História da Humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la em suas origens. Quem quer que se proponha a aprofundar-se na História da pena corre o risco de equivocar-se a cada passo. As contradições que se apresentam são dificilmente evitadas, uma vez que o campo encontra-se cheio de espinhos. Por tudo isso, não é uma tarefa fácil. Surge uma ampla gama de situações e variedade de fatos, que se impõem a considerações, com magníficos títulos para assumir a hierarquia de fatores principais. Porém, são insuficientes. A carência de continuidade é quase total. Há muitos exemplos. Os retrocessos, a dificuldade de fixar indicadores e perseguir sua evolução, a confrontação das tendências expiatórias e moralizadoras (estas últimas nem sempre bem definidas) dificultam qualquer pretensão narrativa de ordem cronológica. Um bom exemplo dos retrocessos referidos é a própria aparição da “prisão-pena”, que ocorre em fins do século XVI, para depois ficar sepultada nos dois séculos seguintes.

Por tudo isso, é imprescindível, para uma clara exposição que permita elucidar caminho tão intrincado, separar-se da cronologia que pode nos levar a equívocos. E, então, considerando o homem delinquente — que desde Lombroso até hoje constitui o epicentro das elucubrações criminológicas e penitenciárias —, procurar elucidar as distintas formas em que seus atos foram puníveis, atendendo mais ou menos aos períodos da História da Humanidade.³⁷

Assim, Bittencourt se propõe abertamente a criar uma outra narrativa, divergente em relação àquela que apresentou no início de sua obra, que irá analisar outros fatores para além do espírito iluminista e que teriam determinado o estabelecimento do aprisionamento como paradigma punitivo do direito penal contemporâneo.

Inicialmente, fala de maneira rápida sobre a Antiguidade, a qual aponta que desconheceu totalmente a privação de liberdade como pena. Em seguida, sobre a Idade Média, afirma que o mesmo se deu, com exceção das prisões de Estado e das prisões eclesiásticas — respectivamente destinadas a inimigos políticos do poder senhorial e a clérigos da Igreja Católica.

³⁷ *Ibid.*, p. 577.

O grande relevo de sua narração se dá quando Bittencourt passa a tratar da Idade Moderna, tida já a partir de meados do século XVI, como o cenário no qual se desenrola o nascimento do cárcere como medida de punição. Assim, o autor apresenta como centrais ao entendimento desse fenômeno as experiências inglesas e holandesas de casas de trabalho forçado que passaram a existir no contexto mercantilista.

Tão destoante da concepção idealista de história, que marca a dogmática penal, é a teoria agora apresentada pelo autor — em que se relaciona aspectos econômicos e políticos de controle da mão de obra, num franco diálogo com o materialismo histórico — que surpreende o leitor daquela sua narrativa histórica feita inicialmente. De fato, Bittencourt elabora toda uma nova linha argumentativa para a história do cárcere.

O autor esclarece que “na segunda metade do século XVI iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade: a criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados”³⁸. Ele explica que, até aquele momento, as penas corporais eram dominantes na Inglaterra, mas que mudanças nas condições socioeconômicas levaram à criação de instituições de correção, “de grande valor penitenciário”. O autor passa a esclarecer como o funcionamento dessas instituições era baseado na ideia do trabalho e da disciplina como meios para a correção do indivíduo, e aponta que elas tiveram seu maior desenvolvimento na realidade holandesa.

Segundo Bittencourt:

[...] O fundamento legal mais antigo das *houses of correction* encontra-se em uma lei do ano 1575, onde se definia a sanção para os vagabundos e o alívio para os pobres, determinando a construção de uma casa de correção por condado, pelo menos. Posteriormente, uma lei de 1670 definiu um estatuto para os *bridwells*.

[...] O desenvolvimento e o auge das casas de trabalho terminam por estabelecer uma prova evidente sobre as íntimas relações que existem, ao menos em suas origens, entre a prisão e a utilização da mão de obra do recluso, bem como a conexão com as suas condições de oferta e procura [...]. Para o controle do crime, sob o ponto de vista global, confiavam, ainda, nos códigos penais, principalmente nas penas pecuniárias e corporais e em penas capitais. Contudo, não se pode negar que as casas de trabalho ou de correção, embora destinadas a uma pequena delinquência, já assinalam o surgimento da pena privativa de liberdade moderna³⁹

Portanto, Bittencourt, no seio da doutrina, apresenta definitivamente todo um novo campo discursivo para a elaboração de respostas quanto à origem do cárcere, que se estrutura de maneira completamente diversa daquela narrativa tradicional focada numa suposta força transformadora das ideias da reforma iluminista. Diferentemente desta última, marcada pelo historicismo idealista, que possui nítido tom evolucionista e está comprometida com a

³⁸ *Ibid.*, p. 582.

³⁹ *Ibid.*, p. 583.

legitimação do direito vigente, tem-se diante do leitor um outro modelo de análise, com sua própria linguagem e metodologia.

Essa ruptura repentina de Bittencourt com o discurso dogmático parece ter sido resultado da pesquisa realizada durante seu doutoramento na Universidade de Sevilha, conforme indicado por uma outra publicação de sua autoria⁴⁰. Na obra intitulada *Falência da Pena de Prisão*, o autor se afasta completamente da narrativa dogmática que enfatiza o humanitarismo como causa determinante para o surgimento da pena de prisão, e aprofunda outros pontos que envolvem a questão, jamais tratados em seu manual. Em verdade, o autor transcreveu *ipsis litteris* determinados trechos daquela obra de — cunho mais científico e analítico — nessa publicação dogmática e doutrinária, porém, como já se falou, apenas em um segundo momento, dissociado da narrativa histórica “tradicional”.

A existência de duas narrativas tão díspares numa mesma obra parece indicar que, de fato, já se solidificou na cultura discursiva dos manuais jurídico-penais a diegese hipertrofiada do humanitarismo reformador iluminista, de modo que o doutrinador, ainda que inclinado à elaboração de um conhecimento mais aprofundado sobre a história do direito, simplesmente não pôde deixar de ser fiel ao seu próprio *métier*.

Ao trazer à questão para o campo do materialismo histórico, onde se fará necessário a compreensão dos mecanismos econômicos e políticos que determinam os comportamentos em sociedade e seu específico jogo de sentido, passa-se a enxergar explicações para os fundamentos das práticas punitivas que não seriam alcançáveis pelo pensamento dogmático ordinário. Isso também significa que é necessário se armar com um outro instrumental, de que não dispõem a doutrina, capaz de apreender os sentidos existentes na realidade histórica da Idade Moderna. É necessário consultar os historiadores marxistas⁴¹.

⁴⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e alternativas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴¹ Sobre a expressão “historiador marxista”, é valioso o comentário de Foucault quando questionado sobre seu suposto distanciamento da teoria de Marx: “Sem dúvida [mantenho distância do marxismo e recebo críticas por isso], mas há também de minha parte uma espécie de jogo. Ocorre-me frequentemente citar conceitos, frases e textos de Marx, mas sem me sentir obrigado a acrescentar a isto a pequena peça autenticadora que consiste em fazer uma citação de Marx, em colocar cuidadosamente a referência de pé de página, e em acompanhar a citação de uma referência elogiosa, por meio de que se pode ser considerado como alguém que conhece Marx, que reverencia Marx e que se verá honrado pelas revistas ditas marxistas. Cito Marx sem dizê-lo, sem colocar aspas, e como eles não são capazes de reconhecer os textos de Marx, passo por ser aquele que não cita Marx. Será que um físico, quando faz física, experimenta a necessidade de citar Newton ou Einstein? Ele os utiliza, mas não tem necessidade de aspas, de nota de pé de página ou de aprovação elogiosa que prove a que ponto ele é fiel ao pensamento do Mestre. E como os demais físicos sabem o que fez Einstein, o que ele inventou e demonstrou, o reconhecem imediatamente. É impossível fazer história atualmente sem utilizar uma seqüência infundável de conceitos ligados direta ou indiretamente ao pensamento de Marx e sem se colocar num horizonte descrito e definido por Marx. Em última análise poder-se-ia perguntar que diferença poderia haver entre ser historiador e ser marxista”. FOUCAULT, Michel. Sobre a prisão. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. cap. 8, p. 129-143.

Bittencourt, então, trava diálogo com um importante segmento da literatura histórica dedicada à análise materialista sobre a origem da instituição prisional. Entretanto, ele não chega realmente a se aprofundar nas raízes das questões apontadas pelos autores que traz como referência, e apenas sintetiza aspectos gerais e descontextualizados dos argumentos presentes nessas obras. Seu mérito, conquanto, foi o de ter reconhecido o valor dessa literatura.

Bittencourt, em verdade, supera, ainda que parcialmente, o paradigma discursivo da dogmática tradicional, pois, como diz:

A razão político-econômica apresenta-se muito clara quanto à sua influência decisiva na mudança de “prisão-custódia” para “prisão-pena”. À motivação de política criminal e penológica, referida pela maioria dos autores, como causa determinante da transformação, devemos acrescentar a motivação econômica, referida por Foucault. Não basta mencionar a “pequena criminalidade da fraude”, os bandos de esfarrapados e famintos que percorrem o mundo como sequela das destrutoras guerras, e que eram muitos, para poderem ser todos enforcados, ou que o arco da pena de morte encontrava-se excessivamente tenso. Dario Melossi e Massimo Pavarini interpretam de forma semelhante a Foucault a origem e função da pena privativa de liberdade no capitalismo desenvolvido. O trabalho, na maioria das vezes forçado, sempre esteve muito vinculado à prisão; inclusive se diz que houve mais interesse em que a pena consistisse em trabalho pesado que propriamente em privação da liberdade. Em muitas oportunidades, dependendo da situação da oferta de mão de obra, seguindo a análise de Foucault, empregou-se o trabalho com sentido utilitário, visando alcançar a maior produtividade possível, quer em benefício do Estado, quer de particulares.

Não se pode ignorar o forte condicionamento que a estrutura socioeconômica impõe às ideias reformistas — sobretudo razões econômicas e de necessidade de dominação — que propiciaram o nascimento da pena privativa de liberdade. Precisamente, os propósitos reformistas de que tanto se tem falado (desde os penitenciários clássicos) não se realizam pelo poderoso condicionamento e limitação que impõem as necessidades do mercado de trabalho e as variações nas condições econômicas. A motivação econômica referida por Foucault é determinante para o salto qualitativo que dá à prisão.

É interessante apontar que a vinculação da prisão à necessidade de ordem econômica, que inclui a dominação da burguesia sobre o proletariado, dito em termos muito esquemáticos, faz surgir atese de que *é um mito pretender ressocializar o delinquente por meio da pena privativa de liberdade*.

Diante de todas as razões expostas, não se pode afirmar sem ser ingênuo ou excessivamente simplista que a prisão surge sob o impulso de um ato humanitário coma finalidade de fomentar a reforma do delinquente. Esse fato não retira importância dos propósitos reformistas que sempre foram atribuídos à prisão, mas sem dúvida deve ser levado em consideração, já que existem muitos condicionamentos, vinculados à estrutura sociopolítica, que tornam muito difícil, para não dizer impossível, a transformação do delinquente.⁴²

Considera-se que é da mais alta valia para o presente trabalho acessar diretamente os autores referenciados pelo doutrinador, cujas obras são tidas como absolutamente fundamentais e esclarecedoras para a compreensão da origem do cárcere, dentro da literatura histórica de cunho materialista. Portanto, exaurida as capacidades do discurso dogmático, na busca por respostas as questões que se apresentam, passa-se agora a uma outra fonte.

⁴² BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 592

4. A ANÁLISE MATERIALISTA: A OFERTA DE MÃO DE OBRA E A DISCIPLINA DA CLASSE PROLETÁRIA

A literatura analisada a seguir se baseia numa metodologia de estudo da história que em todo difere daquela apresentada pelo pensamento jurídico-dogmático visto anteriormente. A tradição marxista não irá considerar os mecanismos punitivos existentes ao longo dos tempos como meras obras do pensamento humano tomado em abstrato, e que se orientaria por valores benevolentes ou não.

O cerne da visão materialista é a ideia de que a punição como uma prática organizada e sistematizada se insere no contexto mais amplo das relações de dominação política e econômica entre classes sociais. Desse modo, o poder punitivo seria um mecanismo qualificado de regulação da dinâmica social, intimamente relacionado com a realidade produtiva, e só poderia ser realmente compreendido quando esclarecidas as especificidades econômicas que o englobam — essas, sim, suas verdadeiras determinantes.

A relevância dessas análises para o presente trabalho se dá, primeiramente, porque elas chegarão a conclusões completamente distintas daquelas apontadas pela narrativa doutrinária quanto ao surgimento da pena privativa de liberdade. De fato, as argumentações colocadas atacam direta e incidentalmente a hipótese do humanitarismo como motor para o desenvolvimento do cárcere na prática jurídica contemporânea, tão cara ao dogmatismo penal.

Além disso, a literatura materialista demonstra o grande valor de uma metodologia refinada e plenamente elaborada para o estudo da história. As obras analisadas trazem consigo uma enorme quantidade de fontes historiográficas, entre dados socioeconômicos e manifestações políticas da época, e se dedicam a realmente aprofundar a questão do cárcere para níveis de complexidade muito superiores aos suscitados pelo pensamento doutrinário, como se verá agora.

4.1. RUSCHE: A RELAÇÃO FUNDAMENTAL ENTRE MODELOS PUNITIVOS E AS CONDIÇÕES DE OFERTA E DEMANDA DA MÃO DE OBRA

Inicia-se a análise da narrativa de cunho marxista pela obra que talvez tenha inaugurado a linha de pesquisa sobre o surgimento da pena de prisão e sua relação com o desenvolvimento da sociedade capitalista, e cuja importância precursora é apontada pelos autores que serão examinados posteriormente. Trata-se do livro *Punição e Estrutura Social*, publicado pela primeira vez em 1939, de Georg Rusche e Otto Kirchheimer⁴³. Essa obra se insere no conjunto da produção acadêmica da Escola de Frankfurt — consubstanciada numa série de linhas pesquisa social de forte cunho crítico às estruturas herdadas do liberalismo moderno e, em larga medida, dedicada à reconstrução da matriz cultural burguesa da civilização ocidental contemporânea.

De imediato, a narrativa de Rusche⁴⁴ se distingue da dogmática por apontar que, ainda na Idade Média, existia um modelo punitivo baseado não na crueldade dos suplícios, mas, sim, no sistema de fianças. Referindo-se a diversas localidades da Europa continental e insular, diz que isso teria mudado somente a partir de meados do século XIV com o surgimento de uma superpopulação relativa tanto no campo quanto nas cidades, o que o autor explica que causou uma queda nas condições de vida da massa populacional.

Segundo Rusche, “até o século XV, a pena de morte e a mutilação grave eram usadas somente em casos extremos, para suplementar o complicado e cuidadosamente diferenciado sistema de fianças”⁴⁵, e que essas penas só se tornaram as mais comuns a partir do momento em que se estabeleceu um cenário em que não havia escassez de mão de obra. Explica que “como o preço da mão-de-obra baixou, a valorização da vida humana se tornou cada vez menor” e que “o sistema penal [...] se constituiu num dos meios de prevenção de grandes crescimentos populacionais”⁴⁶.

Já a partir desse momento é possível ver o cerne da linha argumentativa de Rusche: que o poder de punir se estrutura em torno das condições relativas da oferta de trabalho. Seu raciocínio é simples, mas contundente: afinal, somente num sistema produtivo saturado haveria sentido em se destruir parte da capacidade laboral. Essa relação lógica se aplicaria também numa situação econômica inversa, como ele bem aponta em seguida.

⁴³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

⁴⁴ Embora se trate de uma obra em coautoria, é reconhecido ainda no prefácio que coube exclusivamente a Georg Rusche o esforço de pesquisa para a maior parte do livro; inclusive, para toda aquela comentada no presente trabalho, motivo pelo qual serão feitas referências unicamente a esse autor. *Ibid.*, p. 9–10.

⁴⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Op. cit.*, p. 37.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 39.

Segundo o autor, mudanças demográficas e econômicas a partir da segunda metade do século XVI na Europa acarretaram um gradual e profundo processo constitutivo em torno dos métodos de punição. Quanto a esse período, diz Rusche:

[...] A possibilidade de explorar o trabalho de prisioneiros passou a receber crescentemente mais atenção, com a adoção da escravidão nas galés, deportação e servidão penal através de trabalhos forçados; as duas primeiras por um certo tempo, a terceira como precursora hesitante de uma instituição que tem permanecido até o presente. Algumas vezes elas apareceram simultaneamente com o sistema tradicional de fianças e penas capital e corporal; em outras, tenderam a substituí-lo. Essas mudanças não resultaram de considerações humanitárias, mas de um certo desenvolvimento econômico que revelava o valor potencial de uma massa de material humano completamente à disposição das autoridades.⁴⁷

Em seguida, o autor se dedica a caracterizar a problemática do mercado de trabalho sob a égide do mercantilismo e sua política social. Expõem-se como o desenvolvimento dos centros urbanos implicou na demanda florescente por bens manufaturados, e que isso, associado a um crescimento do sistema financeiro, teve como consequência a constante expansão dos mercados. O estabelecimento das colônias viria a aumentar ainda mais a demanda por bens de consumo. Entretanto, Rusche afirma que, ainda no século XVI, o crescimento demográfico não acompanhou no mesmo nível as possibilidades de emprego.

Ele aponta o baixo crescimento — ou mesmo decréscimo em certos locais — populacional que se viu na Europa ao longo do século XVII. Logo, e isso é central em sua argumentação, o autor estabelecerá que em todas as regiões da Europa em que o capitalismo já dava sinais de seu desenvolvimento, a escassez e consequente alto custo da mão de obra era um grave problema, e que viria a ganhar contornos políticos. Nesse cenário, em que a extensão dos mercados e a necessidade de equipamentos exigiam investimentos de capital, o fator trabalho se mostrará como um entrave ao desenvolvimento dos interesses da classe proprietária, acarretando na tomada de decisões políticas para contornar o problema.

Segundo Rusche:

[...] A acumulação de capital era necessária para a expansão do comércio e da manufatura, mas estava sendo obstaculizada pela resistência que as novas condições [quanto à oferta de força de trabalho] permitiam. Os capitalistas foram obrigados a apelar ao Estado para garantir a redução dos salários e a produtividade do capital.⁴⁸

O autor, então, delineia o impacto que a questão da relativa escassez de mão de obra terá na filosofia política do Antigo Regime. São apontadas um conjunto de práticas adotadas em diversas regiões e destinadas a superar esse problema, com especial atenção às formas de estímulo da taxa de natalidade. Cita-se, também, a proibição da emigração e o favorecimento

⁴⁷ *Ibid.*, p. 43.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 47.

da imigração, o tabelamento de salários máximos, a regulação da jornada de trabalho para evitar sua diminuição, a proibição da associação entre trabalhadores, entre outras⁴⁹.

Em seguida, Rusche analisa a mudança ideológica no tratamento à pobreza que se deu a partir do século XVI, com especial ênfase à Reforma Protestante. A explicação do autor indica que a ética medieval não somente tolerava a mendicância como também a glorificava, e que, dentro da cosmovisão estamental e corporativa, os pobres e pedintes eram vistos como parte integrante da sociedade, que, como qualquer outro grupo, exercem sua função — possibilitar o dom da caridade para os abastados.

Com o desenvolvimento do capitalismo, apoiado pela ideologia protestante e a centralidade que nela se dá ao trabalho como meio de se cumprir os desígnios divinos, será estabelecido o pensamento de que a assistência caritativa à pobreza estimula o ócio e o desemprego. Isso trará reflexos políticos na forma de novas maneiras de se tratar a questão da população pobre, como, inicialmente, no começo do século XVI, a proibição ou regulação da mendicância e a expulsão territorial de pedintes. Porém, em um segundo momento, serão elaboradas normas diretamente direcionadas a proibir e punir a recusa ao trabalho.⁵⁰

Nesse contexto de valorização da mão de obra e repressão à vadiagem, surgem instituições punitivas destinadas à internação de indivíduos para a utilização de trabalho forçado. Rusche afirma que a primeira instituição do tipo foi, provavelmente, a chamada *bridewell* de Londres em 1555, mas que seu maior desenvolvimento se deu em Amsterdã no final do século XVI. O exemplo holandês teria sido estudado e seguido por toda a Europa ao longo do século XVII.⁵¹

Rusche descreve essas instituições da seguinte maneira:

[...] A essência da casa de correção era uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres (*poorhouse*), oficinas de trabalho (*workhouse*) e instituições penais. Seu objetivo principal era transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-a socialmente útil. Através do trabalho forçado dentro da instituição, os prisioneiros adquiririam hábitos industriais e, ao mesmo tempo, receberiam um treinamento profissional. Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente.

O segmento visado era constituído por mendigos aptos, vagabundos, desempregados, prostitutas e ladrões. Primeiramente, somente os que haviam cometido pequenos delitos eram admitidos; posteriormente, os flagelados, marginalizados, e sentenciados com penas longas. Como a reputação da instituição tornou-se firmemente estabelecida, cidadãos começaram a internar nelas suas crianças rebeldes e dependentes dispendiosos. Em geral, a composição das casas de correção parece ter-se espalhado de forma similar por toda parte. Algumas cidades foram mais longe e admitiram pobres e necessitados, quando eles não podiam se sustentar. [...]⁵²

⁴⁹ *Ibid.*, p. 48–57.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 58–67.

⁵¹ *Ibid.*, p. 68.

⁵² *Ibid.*, p. 69–70.

A capacidade de trabalho dos internos era explorada diretamente pela administração da instituição ou arrendada para um empregador privado, e ocasionalmente toda a instituição poderia ser entregue a um contratante. O autor afirma que “o treinamento de trabalhadores eficientes era a principal preocupação das autoridades” e aponta as tensões geradas com as guildas manufatureiras que acusavam o empreendimento de concorrência desleal⁵³.

Rusche, então, desenvolve uma longa dissertação em que caracteriza essas casas de trabalho forçado como verdadeiros empreendimentos produtivos, capazes de gerar lucros e inseridas na dinâmica econômica como qualquer outra manufatura. Citando uma série de dados e de casos de diferentes localidades, ele reforça a ideia de que essas instituições foram concebidas e implantadas tendo em vista seu potencial rentável. Entretanto, afirma que “é impossível generalizar qualquer conclusão sobre o sucesso das casas de correção de um ponto de vista estritamente financeiro”.⁵⁴

Isso acarretará disputas e conflitos na teoria e prática política da época em torno da função a ser exercida pelas casas de trabalho forçado, pois, para alguns, os interesses econômicos imediatos estariam atrapalhando a consideração mais importante sobre a instituição: o seu valor educacional sobre os internos. Essa tensão, presente ainda na concepção e desenvolvimento do instituto, entre o aspecto produtivo de um lado e o formador do outro, é muito relevante para a elaboração dos discursos históricos analisados no presente trabalho, pois implicará numa diferenciação de abordagem entre os autores examinados.

Rusche afirma que “as casas de correção eram preliminarmente manufaturas, viabilizando a produção de bens a baixos custos, através de mão-de-obra barata”, e que a intenção de seus fundadores girava em torno de interesses materiais. Segundo ele, é “certo que as casas de correção eram extremamente valiosas para a economia nacional como um todo” e que “seus baixos salários e o treinamento de trabalhadores não qualificados eram fatores importantes no crescimento da produção capitalista”.⁵⁵

Portanto, esse autor dá grande ênfase para a perspectiva estritamente econômica em torno do surgimento e desdobramento das casas de trabalho forçado, em termos do seu impacto global no sistema produtivo. Isso diferencia sua obra das que serão examinadas posteriormente, pois, como se verá, outros autores se dedicam a sublinhar a importância dos significados ideológicos que inspiraram essas instituições, minimizando o valor de seus efeitos econômicos imediatamente considerados.

⁵³ *Ibid.*, p. 72–73.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 74–78.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 80.

Em seguida, Rusche elabora uma extensa explicação sobre o progressivo processo de abandono das penas corporais e capital nos séculos XVII e XVIII em prol de outras modalidades de punição, e que culminará com a ampla adoção da pena privativa de liberdade. O fio condutor de seu raciocínio é a ideia de que paulatinamente desenvolveu-se na prática política e jurídica absolutista a noção de que a massa de condenados pode ser utilizada para finalidades úteis, ao invés de ser simplesmente executada ou flagelada. Como fundamento, expõe interessantes análises sobre a ampla utilização e posterior declínio da condenação às galés ou da deportação para as colônias em substituição à pena de morte nesse período.

Segundo Rusche, é possível dizer que, de modo geral, até o século XVIII, a prisão mantinha seu caráter meramente preventivo; e que o sistema prisional moderno “foi realmente a consequência necessária das casas de correção”⁵⁶. O fenômeno foi complexo e demorado, mas, com o passar do tempo, mais e mais casos foram sendo punidos pelas casas de trabalho forçado, e a sua utilização ampla foi sendo sedimentada.

É muito importante notar que o sistema judicial do Antigo Regime concedia grande discricionariedade aos magistrados, possibilitando, inclusive, a decisão sobre a natureza e a quantidade da pena aplicada aos condenados criminais. Assim, estabeleceu-se a prática de enviar criminosos para as casas de correção, sob justificativas que iam desde questões relacionadas a privilégios aristocráticos ou de grandes proprietários, até o melhor aproveitamento das habilidades de determinado indivíduo.

Fundamentalmente, foi se definindo como padrão punitivo para determinadas condutas e sujeitos a internação nas casas de trabalho forçado. Rusche afirma que “a *poena extraordinaria*, que permitia ao juiz arbitrariamente aumentar ou diminuir a punição, pavimentou em toda a parte o caminho para a ampliação da prática de encarceramento nas casas de correção” e que “o crescimento da proporção de sentenças para as casas de correção deveu-se à prática judicial e à prerrogativa do soberano de confirmação e clemência, e não a leis gerais”⁵⁷.

Assim, nesse cenário de visão instrumental dos condenados e de discricionariedade judicial, generalizou-se a tendência pela substituição da punição corporal pelo trabalho forçado. Rusche retoma sua ênfase no aspecto econômico e argumenta que a principal motivação por trás desse processo era o lucro, compreendido “tanto no sentido restrito de fazer produtiva a própria instituição quanto no sentido amplo de tornar todo o sistema penal parte do programa mercantilista do Estado”⁵⁸.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 94–96.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 100–101.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 103.

Portanto, para Rusche, o fim dos suplícios tem muito mais a ver com seu caráter de prática economicamente ineficiente, sob o ponto de vista do aproveitamento de uma mão de obra disponível, do que qualquer consideração de caráter humanitário. O fato de um sistema penal baseado no trabalho forçado tender a constituir um setor vantajoso da economia é o que teria impulsionado o encarceramento como forma regular de punição.

Posteriormente, o autor escreve que “os fundamentos do sistema carcerário encontram-se no mercantilismo; sua promoção e elaboração foram tarefas do Iluminismo”⁵⁹. Ao analisar o pensamento iluminista e seu impacto na realidade punitiva, o autor desenvolve uma argumentação muito distinta daquela apresentada pela dogmática jurídico-penal. Rusche caracteriza o movimento pela reforma penal do século XVIII como um fenômeno paralelo à agitação contra as práticas punitivas cruéis.

Segundo o autor, o pensamento reformador emergiu contra a incerteza da punição e a arbitrariedade dos tribunais, e não propriamente contra a natureza das penas. Essa última questão afetaria primordialmente as classes subalternas, mas a cada vez mais poderosa burguesia tinha como preocupação a definição de um sistema jurídico racional e preciso, apto a garantir segurança e previsibilidade na defesa de seus interesses econômicos e políticos. Somente por esse motivo a reforma do sistema penal se tornaria uma pauta central no debate jurídico e filosófico da época, e, assim, “dois temas distintos e independentes [seriam] unidos nos tratados dos reformadores contemporâneos por circunstâncias históricas”⁶⁰.

Examinando a obra de Beccaria, Rusche aponta que argumenta-se contra o uso da pena de morte não por sua crueldade, mas porque ela não só não seria capaz de proteger as relações de propriedade como, também, estimularia a insurgência da classe não proprietária. Assim, a atenuação da punição se tornou uma medida de defesa necessária contra turbulências na ordem social.

É evidente o caráter classista que Rusche atribui às pretensões reformadoras do pensamento iluminista. Sua visão sobre esse movimento pode ser assim resumida:

[...] A sociedade burguesa emergente estava mais interessada na plenitude, rapidez e reabilitação da justiça penal do que em sua severidade. Essas qualidades poderiam ser conseguidas tão-somente pelo funcionamento racional da administração. Tal objetivo último, portanto, secundarizava o problema da severidade da administração da justiça, constantemente atrasada e desvirtuada por incompetência e corrupção.⁶¹

E, desse modo, na intersecção entre o movimento burguês pela reforma e racionalização do sistema judiciário e a estabilização de uma prática punitiva — também burguesa — de

⁵⁹ *Ibid.*, p. 109.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 110.

⁶¹ *Ibid.*, p. 116.

internação e privação de liberdade para exploração do trabalho, o autor determina a origem da pena de prisão. Entretanto, as grandes transformações econômicas e demográficas que se deram a partir da segunda metade do século XVIII implicaram em profundas mudanças na concepção da privação de liberdade enquanto pena simultaneamente ao seu surgimento.

Rusche explica que a base para o novo sistema penal, fundada na escassez de força de trabalho, estava desaparecendo no mesmo momento em que o movimento reformador ganhava mais força. A revolução industrial, e o consequente incremento da produtividade, associados ao aumento populacional significavam que a política em vigor no mercantilismo já se encontrava ultrapassada. A oferta de mão de obra passou a superar a demanda.

A casa de correção havia surgido num cenário em que as condições do mercado de trabalho favoreciam a classe proletária, porém a situação mudou na segunda metade do século XVIII. Aquilo que foi objeto de desejo na teoria política mercantilista — uma superpopulação relativa — era agora um dado da realidade.

Não havia mais necessidade, portanto, expõe o autor, de se utilizar do Estado e de suas medidas coercitivas para substituir a ausência de pressão econômica sobre a população trabalhadora, pois a o grande exército industrial de reserva e as altas taxas de desemprego já garantiriam a supremacia dos interesses da classe proprietária. Nesse contexto, o trabalho produtivo nas instituições penais se tornou inviável, tendo em vista a impossibilidade de torná-lo competitivo numa realidade industrializada; e, uma vez ausente sua importância econômica, perdeu-se o interesse político sobre elas. Desse modo, as condições de vida no cárcere se degradaram profundamente — esse foi o cenário encontrado por John Howard em suas viagens.

Rusche afirma que, a partir desse momento, as instituições destinadas à privação de liberdade não exercerão mais a função de empreendimentos produtivos e de treinamento de trabalhadores, mas servirão para estabelecer um parâmetro de vida para a população alcançada pelo sistema repressivo que deve necessariamente ser inferior à pior condição experimentada por um trabalhador livre desempregado⁶². Esse fenômeno se intensificará no século XIX, quando as péssimas condições de existência para a classe trabalhadora atingirem seu pico. Esse é, entretanto, um segundo momento da história da pena de prisão, diferente de seu surgimento.

A narrativa construída por Rusche para explicar como se deu a gênese da pena privativa de liberdade é, evidentemente, muito mais sofisticada do que a vista na doutrina. O autor dedicou grande esforço na análise da realidade material do passado e na formulação de uma argumentação coesa em torno de sua hipótese.

⁶² *Ibid.*, p. 135.

Ainda que, em grande medida, convincente, sua análise histórica peca pelo excesso na aplicação mecanicista de sua lógica. Muito longe de afastar o mérito do autor por ter construído as bases materiais sobre as quais se sustenta a história dos métodos de punição, a ênfase numa visão meramente economicista do fenômeno jurídico da pena apresenta limitações na reconstrução de seus significados.

Não se trata, de maneira nenhuma, de dizer que o trabalho de Rusche é inadequado para a elaboração de uma história crítica do cárcere — na verdade, ele é absolutamente essencial —, mas, sim, que, sozinho, seria insuficiente. Desse modo, é necessário o desenvolvimento discursivo de outros aspectos da pena de prisão, que giram em torno das questões materiais, como elaboradas por Rusche, mas que vão além delas. De fato, é a partir da pesquisa realizada por esse autor que se desenvolvem narrativas sobre o surgimento da pena privativa de liberdade que seguem a tradição marxista de afirmação da dominação política entre classes econômicas, mas que possuem um outro foco de análise.

Rusche insistiu no aspecto produtivo e do impacto econômico das casas de trabalho forçado, tanto diretamente quanto formando trabalhadores. Ele, no entanto, não aprofundou as questões quanto a esse último ponto — a natureza “pedagógica” dessas instituições —, tendo apenas ventilado a ocorrência de treinamentos técnicos, bem como a influência da ética protestante na definição da ordem interna. Será analisada agora parte da literatura dedicada à análise da perspectiva de difusão ideológica e de disciplinamento que a prisão carrega.

4.2. MELOSSI: A FORMAÇÃO DA CLASSE PROLETÁRIA E A IDEOLOGIA DO DISCIPLINAMENTO

Passa-se à obra *Cárcere e Fábrica*, de Dario Melossi e Massimo Pavarini⁶³, citada no manual de Bittencourt. Publicado pela primeira vez em 1977, esse trabalho deriva diretamente da pesquisa realizada por Rusche em *Punição e Estrutura Social*, como reconhecido por seus autores, e se dedica a expandir o entendimento quanto às questões determinadas em termos da luta de classes no surgimento da pena privativa de liberdade.

E de fato, Melossi⁶⁴ adota o mesmo raciocínio de relacionar o sistema punitivo com as condições relativas do mercado de trabalho. Seu ponto de partida é a caracterização do processo de formação do proletariado a partir do chamado fenômeno da acumulação primitiva de capital nos séculos XV e XVI, especialmente na Inglaterra. Melossi explica que, nessa fase de transição para uma nova ordem social, a problemática da pobreza já começava a ganhar contornos políticos e a ser regulada. O autor também afirma, quanto à chamada *bridewell* inglesa, que:

[...] foi o primeiro exemplo, e muito significativo, de detenção laica sem a finalidade de custódia que se pode observar na história do cárcere e que os traços que a caracterizam, no que diz respeito às classes a quem foi destinada, sua função social e a organização interna já são, *grosso modo*, aquelas do clássico modelo carcerário do século XIX.⁶⁵

Em seguida, o autor passa a analisar a experiência da casa de trabalho forçado holandesa inaugurada em 1596. Melossi coteja a lição de Rusche que diz que tal instituição foi criada porque o nascente capital holandês, em busca de atender as demandas de um mercado em expansão, estava tendo problemas com o alto custo da mão de obra.

Buscando superar tal explicação, diz Melossi:

É preciso esclarecer, naturalmente, que essa hipótese, baseada sobretudo na relação entre mercado de trabalho e trabalho forçado (entendido como trabalho não-livre), não esgota toda a complexa temática da *workhouse*. Ela não é, de modo algum, como já se viu em relação à Inglaterra, o único instrumento através do qual se busca manter baixos os salários e controlar a força de trabalho, nem tampouco as casas de trabalho têm este como único objetivo. [...] Na realidade, a relativa exiguidade quantitativa que sempre caracterizou estas experiências induz a considerá-la mais como uma *amostra* do nível geral alcançado pela luta de classes do que como um dos fatores que a impulsionam.⁶⁶

Portanto, desse momento em diante, a narrativa de Melossi irá se diferenciar bastante da de Rusche, uma vez que nega que as casas de trabalho forçado tiveram um impacto

⁶³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica: as Origens do Sistema Penitenciário (Séculos XVI–XIX)**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

⁶⁴ A obra sob exame é constituída por dois ensaios independentes escritos respectivamente por cada coautor; no presente trabalho será tratada somente a pesquisa de Melossi, motivo pelo qual refere-se à ele exclusivamente.

⁶⁵ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Op. cit.*, p. 39.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 40.

macroeconômico significativo. Seu foco passa a ser a caracterização dessas instituições no esforço de transformação do antigo trabalhador agrícola expulso do campo em um operário da empresa manufatureira.

Melossi explica como a escolha por um processo produtivo rude e ultrapassado, mas que demandava mais esforço do trabalhador, na casa de correção de Amsterdã, evidencia que o grande interesse que motivou a criação da instituição não era a geração maior de lucro, mas, sim, a necessidade de se formar uma classe trabalhadora que se adeque às novas necessidades do capital. A competitividade produtiva da casa só pôde ser assegurada em função dos baixos salários pagos pelo trabalho forçado e do estabelecimento do monopólio sobre a atividade que exercia — raspagem de madeira para a tinturaria —, inserindo-se a instituição no contexto mercantilista típico⁶⁷.

O autor afirma que, assim, desde o início, a experiência das casas de trabalho forçado revela o atraso nos meios de exploração utilizados, que só era possível devido à artificialidade da intervenção estatal, e que seu verdadeiro objetivo era a introjeção da ideologia burguesa de submissão ao trabalho nas populações alvo: jovens autores de pequenas infrações, mendigos, vagabundos e ladrões.

Melossi expõe como o regramento interno da casa ia além da absoluta proeminência dada ao trabalho e buscava instaurar nos detentos um estilo de vida e de comportamento que negava a cultura popular subjacente da vida camponesa, inerentemente incompatível com o funcionamento do capitalismo. Citando Marx, o autor afirma que a burguesia desde logo teve que “assegurar a supressão de um sem número de impulsos e de disposições produtivas para valorizar apenas aquela parte infinitesimal do indivíduo que é útil ao processo de trabalho capitalista”, criando “instituições subalternas à fábrica”, necessárias ao “adestramento”, como “a família mononuclear, a escola, o cárcere”⁶⁸.

Vê-se, então, como Melossi constrói sua narrativa em torno, muito mais, dos elementos ideológicos constitutivos presentes na própria concepção de um mecanismo, do que dos elementos materiais imediatos que determinariam sua utilização. Para ele, no contexto do nascimento do capitalismo e da instauração de uma nova ordem social, foi necessária a verdadeira construção de uma classe proletária — um esforço que vai além da mera reorganização espacial dos corpos, pois implica a elaboração e difusão de um arcabouço cultural diverso do existente, com novas práticas e significados. O surgimento da privação de liberdade enquanto pena estaria inserida nessa realidade.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 43.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 47.

O autor, em seguida, busca caracterizar o processo de extinção da sociedade camponesa medieval no quadro europeu mais amplo. Segundo Melossi, com o fim do vínculo direto entre o trabalhador e o senhor feudal, de natureza jurídica e militar, e justificado ideologicamente pela visão estamental do mundo, passou a agir “uma força muito mais indireta, a da coação econômica”⁶⁹. Com essa mudança, fez-se necessário a reformulação teórica do próprio fundamento da ideia de autoridade, tarefa que teria sido exercida pela Reforma Protestante.

Melossi argumenta que a ética protestante, através da concepção de uma interioridade individual, tornou possível a articulação desse novo conceito de uma autoridade impessoal e neutra, imposta pelo próprio indivíduo sobre si mesmo, adequada a realidade produtiva capitalista. Em suas palavras, substituiu-se “as correntes bem visíveis do servo da gleba pelas correntes psicológicas do homem pio”⁷⁰. O protestantismo também teve o importante papel de mudar o entendimento medieval sobre a pobreza, que somente então passará a ser malvista.

O autor explica que as casas de trabalho forçado se difundiram pelos centros comerciais da Europa no século XVII, derivadas diretamente da experiência holandesa, e que seu uso foi se generalizando como prática punitiva posteriormente. Segundo Melossi:

[...] A razão imediata do sucesso da instituição foi sobretudo a sua capacidade de assegurar lucros [...]. Em geral, a finalidade da instituição era dupla: por um lado, havia uma tentativa puramente disciplinar e é este, como já foi sublinhado, o elemento que dará continuidade à instituição; por outro lado, a escassez de mão-de-obra na primeira metade do século XVII levava a enfatizar a necessidade de fornecer aos internos uma preparação profissional [...].

Cada vez mais, no curso de desenvolvimento da instituição, foram nela internados condenados por delitos mais graves e a penas mais longas; assim, progressivamente os outros tipos de punição foram sendo substituídos, em grande parte, pelo cárcere. Por muito tempo, entretanto não foi feita nenhuma classificação rígida ou separação das diversas categorias humanas e jurídicas dos internados. [...]

Os séculos XVII e XVIII foram criando, pouco a pouco, a instituição que primeiro o Iluminismo e depois os reformadores do século XIX completariam, dando-lhe a forma do cárcere.⁷¹

Portanto, a narrativa histórica desse autor para a adoção da pena privativa de liberdade como punição padrão no direito moderno é aparentemente a mesma já elaborada por Rusche: o desenvolvimento da prática do internamento nas casas de trabalho forçado ao longo dos séculos XVII e XVIII concedeu aos movimentos pela reforma do sistema penal um sofisticado mecanismo no qual basear a nova estrutura punitiva. A distinção de Melossi será sua análise de como a própria ideia de internação se adequará o projeto social e jurídico do liberalismo burguês.

Primeiramente, o autor se dedica a caracterizar as circunstâncias econômicas que implicaram em mudanças simultâneas no interior das casas de correção e no discurso político

⁶⁹ *Ibid.*, p. 50.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 53.

⁷¹ *Ibid.*, p. 57–58.

quanto à sua utilização. Como já foi visto, a partir da segunda metade do século XVIII na Inglaterra, e mais tarde no restante da Europa, a revolução industrial e o crescimento demográfico resultaram num grande excesso de mão de obra e na criação de uma massa de pobres e desempregados.

Nesse cenário, a concepção econômica do malthusianismo adquiriu grande relevância no debate político. A partir dessa ideologia, defendia-se a insustentabilidade de se manter uma população de pobres por meio da assistência pública caritativa, uma vez que isso levaria à inflação artificial dos preços e à queda do nível de vida geral. Nessa lógica, a única política pública cabível para a questão do pauperismo seria a garantia de trabalho para a massa de desempregados. Assim, o sistema de assistência ao pauperismo, instituído em lei e de caráter público já no período elisabetano, foi sendo desmantelado ao passo que ganhou força o discurso de internamento nas casas de trabalho forçado.

Como explica Melossi:

[...] À crítica tradicional e recorrente de que essas formas de assistência incentivavam o ócio e a recusa ao trabalho e mantinham elevados os salários, sobrepunha-se agora a visão malthusiana da população, aspecto extremo do liberalismo econômico: o *relief* permitia a sobrevivência e a reprodução de uma população que se multiplicava, inútil e mesmo danosa para o desenvolvimento econômico.⁷²

Ao passo que as casas de trabalho forçado se tornavam o principal meio de “política social”, as condições de vida e de organização em seu interior se deterioravam. Com o mercado de trabalho saturado, tornou-se impossível manter seu caráter de empreendimentos produtivos. Assim, essas instituições passaram a se caracterizar apenas como mecanismos de severa punição e de instalação de medo nas populações alvo do sistema punitivo, recebendo, então, a alcunha de *houses of terror*.

Melossi aponta a prevalência do chamado princípio da *less eligibility*, já descoberto por Rusche, a partir desse momento. Ou seja, o significado político das casas para internação de pobres e infratores passou a ser outro; agora, elas devem exercer um verdadeiro efeito dissuasivo na massa de trabalhadores. Ele explica:

O objetivo da casa de trabalho era, uma vez mais, forçar o pobre a se oferecer a qualquer um que se dispusesse a dar-lhe trabalho, nas condições que fossem. Para isso, era necessário que a vida na casa de trabalho oferecesse, sob qualquer aspecto, a começar, obviamente pelo padrão de vida, menos do que o trabalhador livre do mais baixo estrato social pudesse obter. O internamento na casa de trabalho atua sobre o mercado, mas nesse caso, ao contrário do que acontecia anteriormente, quando um setor da produção funcionava a um custo muito baixo devido ao custo da força de trabalho ser forçosamente comprimido, agora, devido ao caráter declaradamente terrorista que comporta, o trabalhador é levado a evitar, custe o que custar, a cair nas garras da instituição.⁷³

⁷² *Ibid.*, p. 65.

⁷³ *Ibid.*, p. 67.

Melossi, portanto, sofisticava o argumento de Rusche, apontando como se articulou um discurso político que promoveria a disseminação da prática de internação em instituições punitivas. Ele continua seu esforço de qualificação do cenário ideológico em que se desenrolou o surgimento do cárcere tratando diretamente da teoria penal iluminista e reformadora.

O autor discorre, numa longa análise, sobre o projeto penitenciário de Jeremy Bentham e ressalta que suas ideias se amoldam precisamente ao ideal burguês de disciplinamento e controle da classe trabalhadora. Melossi explica que a estrutura prisional pensada por Bentham é aplicável a uma série de instituições existentes na sociedade capitalista — manufaturas, hospitais, escolas, *etc.*, conforme admitido pelo seu próprio autor — e como isso revela, na verdade, a visão que a classe burguesa tem sobre a maneira que deve se organizar o comportamento de todos os indivíduos, inclusive os livres. Nesse sentido, esse modelo prisional seria parte de uma extensão do projeto de formação do proletariado que se iniciou ainda no século XVI, e, assim, a ideologia disciplinar da casa de correção holandesa do período mercantilista teria sido preservada e desenvolvida na concepção da prisão moderna.

Seguindo nessa linha de pensamento, Melossi aponta a centralidade que a questão da extração de mais-valia tem para a manutenção da sociedade burguesa e que isso implica a absoluta importância da autoridade do capitalista no processo produtivo. A disciplina fabril se torna, portanto, o princípio por excelência que inspira e orienta todo o projeto institucional da classe proprietária.

Diz o autor:

A história da relação entre capital e trabalho, a história *tout court*, que é a história da luta de classes, torna-se então a história das relações capitalistas no interior da fábrica, da autoridade do capital na fábrica e, correspondentemente, da *disciplina* do trabalhador e de tudo que serve para criar, manter ou subverter essa autoridade. É justamente o caráter irreduzível (de classe) dessa mercadoria em particular que faz com que ela não possa ser dada como alimento ao capital imediatamente, sem uma série de tratamentos complementares que precedem, acompanham e sucedem sua utilização no processo de produção. Esta é a tarefa específica das instituições segregadoras inventadas pela burguesia e citadas por Bentham, instituições que, no sentido que estamos aplicando, podem ser definidas como *subalternas* à fábrica. Elas estão no mundo da produção da mesma maneira que a igualdade política e civil se reporta à esfera da circulação [...]. A esfera da circulação, da troca entre equivalentes, é o reino da liberdade e da igualdade, o reino da *Declaração de Direitos*; a esfera da produção é o reino da exploração, da acumulação e, *por conseguinte*, da autoridade, da fábrica, e das outras instituições segregadoras.⁷⁴

Dessa maneira, é central na narrativa de Melossi o argumento de que o disciplinamento da classe trabalhadora constituiu parte essencial da ideologia a partir da qual foi concebida a pena privativa de liberdade. Mas esse autor vai mais fundo ainda na sua análise do ideário

⁷⁴ *Ibid.*, p. 76.

classista-iluminista, e desenvolve um interessante raciocínio em que relaciona o conceito burguês de “trabalho humano medido no tempo” com a ideia de uma sanção penal de detenção temporária.

Nessa reflexão, ao conceito de salário como a retribuição devida pela subordinação do indivíduo à autoridade patronal, calculável em termos do tempo sob sujeição, e que é a base sobre a qual se sustenta toda a ordem social capitalista, a essa ideia, corresponde a formulação de uma retribuição penal como a sujeição compulsória do indivíduo a também um tipo de autoridade, e que também imporá sobre ele uma rígida disciplina, e isso se dará por um período de tempo determinado, de maneira a corresponder à exata medida de sua conduta. De fato, tanto o trabalhador numa fábrica quanto o condenado numa prisão estão sendo privados de sua liberdade, e ambos por uma espécie contrato; o que diferencia o último é que estaria arcando com o descumprimento de uma cláusula.

Relacionando a teoria iluminista e o advento da privação de liberdade enquanto pena, Melossi diz:

E é nas casas de trabalho, portanto, na práxis concreta das autoridades públicas e dos mercadores que a administravam que nasce a recusa do uso da pena de morte e das punições corporais, a ideia de que a um determinado delito deva corresponder um *quantum* de pena, de que a situação no interior do cárcere deve ser mais “humana”. O ímpeto revolucionário da burguesia do século XVIII acrescentará a essa práxis já existente a luta pelo princípio de legalidade e de taxatividade.⁷⁵

Como se vê, a narrativa histórica de Melossi — ainda que, de modo geral, expresse o esquema elaborado anteriormente por Rusche — traz grande ênfase nos aspectos ideológicos que alimentaram o processo de sedimentação da prática do internamento punitivo. Mais do que uma determinação pura e simples das condições econômicas que emergiram no seio da sociedade capitalista, a gênese do cárcere foi um processo intelectual, articulado através de ideias e valores. Não obstante, o arcabouço ideológico que orientou o fenômeno extrai os seus significados exatamente dessas determinantes econômicas, de modo que seria inadequado, ou mesmo impossível, a formulação da compreensão de um independentemente de outro.

Melossi aponta a importância da ideologia capitalista na história da pena de prisão não só em termos de seu conteúdo propriamente dito, mas, também, da utilização de mecanismos para sua difusão e implantação na sociedade. O conceito de disciplinamento é, assim, primordial no desenrolar de sua narrativa: as instituições de internação se inserem no esforço político empreendido pela burguesia na formação e educação do proletariado. Essa tese também é vista nos escritos de Michel Foucault, autor cujo discurso o presente trabalho passa a examinar.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 90.

4.3. FOUCAULT: A TRÍADE DE CONCEPÇÕES PUNITIVAS EM DISPUTA NO ADVENTO DA SOCIEDADE MODERNA

A seminal obra *Vigiar e Punir*⁷⁶, originalmente publicada em 1975, é ponto de passagem inevitável para qualquer pesquisa dedicada à análise de discursos sobre a história da pena de prisão. Nela desenvolve-se uma profunda e intensa investigação sobre o processo de mudança das práticas punitivas que se deram com o fim do Antigo Regime, e os significados em torno desse fenômeno.

A obra de Foucault se constitui num esforço argumentativo que vai muito além da mera busca por localizar e caracterizar o nascimento da pena de prisão em termos da análise de discursos políticos ou de realidades materiais. Na verdade, esse autor não apresenta nenhuma preocupação especial em desvendar e apontar quando ou como teria se dado o surgimento do cárcere na prática jurídica moderna. Sua pesquisa se aproxima muito mais de uma descrição do que teria sido esse processo no contexto de relações e mecanismos de poder que se dão em escala absolutamente reduzida e que permeiam a sociedade.

Essa última jamais seria uma boa definição para qualificar o trabalho realizado por Foucault, o que é uma tarefa nada simples. O autor se utiliza de uma metodologia de estudo dos fenômenos em sociedade bastante singular, e desenvolve uma linguagem própria para articular seus elaborados conceitos em raciocínios brilhantes. Longe de configurar um discurso ininteligível ou de difícil compreensão — na verdade, seu texto é surpreendentemente claro —, a obra leva o leitor a frequentes *insights* quanto ao funcionamento e organização da sociedade contemporânea.

Esclarecendo de início ao leitor a particularidade de seus métodos e objetivos, Foucault escreve:

Objetivo deste livro: uma história correlativa da alma moderna e de um novo poder de julgar; uma genealogia do atual complexo científico-jurídico onde o poder de punir se apóia, recebe suas justificações e regras, estende seus efeitos e mascara sua exorbitante singularidade.

[...] O presente estudo obedece a quatro regras gerais:

1) Não centrar o estudo dos mecanismos punitivos unicamente em seus efeitos “repressivos”, só em seu aspecto de “sanção”, mas recolocá-los na série completa dos efeitos positivos que eles podem induzir, mesmo se à primeira vista são marginais. Conseqüentemente, tomar a punição como uma função social complexa.

2) Analisar os métodos punitivos não como simples conseqüências de regras de direito ou como indicadores de estruturas sociais; mas como técnicas que têm sua especificidade no campo mais geral dos outros processos de poder. Adotar em relação aos castigos a perspectiva da tática política.

3) Em lugar de tratar a história do direito penal e a das ciências humanas como duas séries separadas cujo encontro teria sobre uma ou outra, ou sobre as duas talvez, um efeito, digamos, perturbador ou útil, verificar se não há uma matriz comum e se as duas não se originam de um processo de formação “epistemológico-jurídico”; em

⁷⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

resumo, colocar a tecnologia do poder no princípio tanto da humanização da penalidade quanto do conhecimento do homem.

4) Verificar se esta entrada da alma no palco da justiça penal, e com ela a inserção na prática judiciária de todo um saber “científico”, não é o efeito de uma transformação na maneira como o próprio corpo é investido pelas relações de poder.⁷⁷

Esse pequeno trecho denota a natureza singular e complexa do texto de Foucault. Evidentemente, a obra se estende por áreas do conhecimento que se encontram muito além do escopo do presente trabalho. Seria, no mínimo, inoportuno ter-se, aqui, a pretensão de exaurir os argumentos e as ideias apresentadas pelo autor, ou mesmo de se construir uma visão panorâmica de toda a tese de Foucault. Assim, esclarece-se que será examinado somente um conjunto determinado e restrito de linhas de raciocínio que compõem o discurso do autor, mas que é relevante numa análise comparativa com as narrativas apresentadas até o momento.

O ponto de partida de Foucault é a comparação entre duas realidades punitivas distintas: primeiramente, apresenta-se o detalhado relatório oficial de um suplício, público e violento, ocorrido em 1757; em seguida, vê-se a pontual programação diária prevista para os internos em uma prisão do início do século XIX. Essa comparação evidencia as vastas mudanças ocorridas em menos de um século no sistema penal. O autor, então, passa ao exame do significado das punições aflitivas e tormentosas do período absolutista.

Foucault, através de uma requintada análise semiótica, define a prática dos suplícios como um ritual de afirmação do poder soberano que triunfa sobre o condenado. A teoria política da época identifica a ordem jurídica com o próprio corpo do monarca, de modo que a infração seria uma ofensa pessoal a ele, que se volta diretamente ao corpo do infrator para aniquilá-lo num grande ato de vingança.

A natureza excessiva da punição caracterizaria o poder ilimitado do monarca, que, mais que invencível, jamais deveria ter sido oponível por um súdito. O suplício seria o exercício de um poder de punir que, exorbitante, transborda. Longe de reestabelecer um equilíbrio, a punição atroz deveria escancarar a assimetria na relação de sujeição ao soberano todo-poderoso. É a demonstração ampla e pública da cólera de um poder absoluto ofendido e que demonstrava seu estado ativo.

Segundo Foucault:

Que o erro e a punição se intercomunique e se liguem sob a forma de atrocidade, não era a consequência de uma lei de talião obscuramente admitida. Era o efeito, nos ritos punitivos, de uma certa mecânica do poder: de um poder que não só não se furta a se exercer diretamente sobre os corpos, mas se exalta e se reforça por suas manifestações físicas; de um poder que se afirma como poder armado, e cujas funções de ordem não são inteiramente desligadas das funções de guerra; de um poder que faz valer as regras e as obrigações como laços pessoais cuja ruptura constitui uma ofensa e exige vingança; de um poder para o qual a desobediência é um ato de

⁷⁷ *Ibid.*, p. 26.

hostilidade, um começo de sublevação, que não é em seu princípio muito diferente da guerra civil; de um poder que não precisa demonstrar por que aplica suas leis, mas quem são seus inimigos, e que forças descontroladas os ameaçam; de um poder que, na falta de uma vigilância ininterrupta, procura a renovação de seu efeito no brilho de suas manifestações singulares; de um poder que se retempera ostentando ritualmente sua realidade de superpoder.⁷⁸

Essa é uma compreensão bastante sofisticada quanto ao significado dos suplícios, e que supera a visão dogmática que caracteriza as penas atrozes como meras crueldades e barbaridades de uma época de práticas irracionais. Em verdade, Foucault demonstra que a utilização de tais punições brutais no Antigo Regime se insere num específico contexto de significações políticas e culturais de uma sociedade complexa em sua elaboração semântica.

Em seguida, o autor buscará esclarecer quais foram os sentidos que o pensamento iluminista reformador teria atribuído ao sistema penal. Segundo Foucault, as críticas dos reformadores giravam em torno da ineficiência e do caráter irregular e heterogêneo do poder punitivo absolutista. Esse era considerado disfuncional e mal distribuído; concentrado demais em alguns pontos, muitas vezes se excedia ou mesmo se anulava; outras tantas vezes apresentava lacunas, era insuficiente. Para o autor, a problemática era colocada em termos da “má economia do poder”, não de sua crueldade isoladamente considerada.

Assim, o sistema penal apresentava uma série de custos desnecessários: econômicos, pois baseado num sistema patrimonialista de apropriação das funções públicas, comprando-se e vendendo-se ofícios e decisões; mas também políticos, pois ligados a um poder arbitrário e imprevisível, logo, insatisfatório na satisfação das pretensões que permeiam a ordem social. Essa realidade era incompatível com os interesses de organização de um Estado e sociedade modernos, que exigiam um sistema jurídico eficiente, ordenado e contínuo.

Segundo Foucault:

Durante todo o século XVIII, dentro e fora do sistema judiciário, na prática penal cotidiana como na crítica das instituições, vemos formar-se uma nova estratégia para o exercício do poder de castigar. E a “reforma” propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias de direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.⁷⁹

A racionalização das práticas judiciais foi o verdadeiro impulso dos reformadores, na narrativa do autor, não uma nova sensibilidade que se oporia aos métodos de punição cruéis. Quanto a ideia de humanidade presente no discurso iluminista reformador, Foucault desenvolve

⁷⁸ *Ibid.*, p. 52.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 76.

uma argumentação que em muito se difere da visão tradicional desse conceito. Ele afirma que o valor a inspirar a suavização das penas não é a humanidade do condenado, mas, sim a daquele que exerce o poder de punir. A ideia de dignidade da justiça, e não da pessoa, impõe a moderação. Novamente, trata-se de uma questão de “economia do poder”, pois o ponto central é a necessidade do controle dos efeitos acarretados pelo próprio exercício da punição.

Em seguida, Foucault reconstrói toda a principiologia da reforma iluminista definindo-a como um sistema de minuciosa elaboração de um jogo de representações pensado para ter uma série de efeitos sobre a realidade social. Ele explica que o ideal punitivo dos reformadores é uma pena que — necessariamente exposta ao público, pois que é concebida por seus efeitos para além do condenado — seja em si mesma a afirmação da validade da norma infringida.

O autor explica que o conceito iluminista de sistema punitivo se constitui numa exposição ampla e acessível dos valores sob proteção normativa, constituindo uma espécie de esforço pedagógico em que se apresenta a sanção penal como consequência certa e imediata da infração, com o objetivo de dissuasão e introjeção. Numa lógica da economia do poder, a pena seria a menor possível que garantisse seu poder comunicativo e preservasse o corpo do condenado em sua útil prestação de serviço público como vetor de significados.

Como aponta o autor, para que essa pretensão dos pensadores iluministas se concretize, a punição não poderia se dar de qualquer maneira. Primeiramente, deve parecer ser um efeito espontâneo, resultado da própria ordem do mundo, e nunca uma arbitrariedade; assim, a natureza da pena deve se aproximar ao máximo e idealmente ser a mesma do crime.

Além disso, a punição deve ser concebida, qualitativa e quantitativamente, como o desestímulo ideal ao cometimento da infração; essa lógica da proporcionalidade da pena resulta que ela seja modulada no tempo. E, evidentemente, a punição deve ser pública, mas mais do isso, deve ser ostensiva e interessante, convidando o espectador a um aprendizado; e deve se dar tão logo tenha sido cometida a infração. Assim, a punição ideal é elaborada como uma “cerimônia da recodificação imediata”⁸⁰

Foucault resume o ideal punitivo do movimento pela reforma da seguinte maneira:

Eis então como devemos imaginar a cidade punitiva. Nas encruzilhadas, nos jardins, à beira das estradas que são refeitas ou das pontes que são construídas, em oficinas abertas a todos, no fundo de minas que serão visitadas, mil pequenos teatros de castigos. Para cada crime, sua lei; para cada criminoso, sua pena. Pena visível, pena loquaz, que diz tudo, que explica, se justifica, convence: placas, bonés, cartazes, tabuletas, símbolos, textos lidos ou impressos, isso tudo repete incansavelmente o Código. Cenários, perspectivas, efeitos de ótica, fachadas às vezes ampliam a cena, tornam-na mais temível, mas também mais clara. Do lugar onde está colocado o público, poder-se-ia acreditar em certas crueldades que, na realidade, não acontecem. Mas o essencial, para essas severidades reais ou ampliadas, é que, segundo uma

⁸⁰ *Ibid.*, p. 99.

economia estrita, todas elas sirvam de lição: que cada castigo seja um apólogo. E que, em contraponto a todos os exemplos diretos de virtude, se possam a cada instante encontrar, como uma cena viva, as desgraças do vício. Em torno de cada uma dessas “representações” morais, os escolares se comprimirão com seus professores e os adultos aprenderão que lição ensinar aos filhos. Não mais o grande ritual aterrorizante dos suplícios, mas no correr dos dias e pelas ruas esse teatro sério, com suas cenas múltiplas e persuasivas. E a memória popular reproduzirá em seus boatos o discurso austero da lei.⁸¹

Portanto, posto desse modo, fica evidente que um modelo punitivo baseado numa única modalidade de pena e cuja execução ocorre fora da vista da população em estabelecimentos fechados — como o é sistema penal da moderna pena privativa de liberdade — jamais se encaixaria no projeto da reforma penal do século XVIII. Entretanto, esse foi o modelo que passou a vigorar no século XIX. O autor, então, levanta o questionamento de como isso teria ocorrido; como o cárcere pôde adquirir sua proeminência?.

Foucault, que teve contato com a pesquisa de Rusche, suscita, então, a hipótese — que diz que é a mais frequente — de que, ainda durante o Antigo Regime, teriam se desenvolvido determinados modelos de encarceramento punitivo os quais tiveram sua utilização posteriormente disseminada como prática punitiva padrão. Entretanto, como ele bem aponta, isso não explica como esses modelos em si teriam surgido e nem como teria se dado sua difusão.

O autor, então, analisa as características da casa de correção holandesa do final do século XVI e de outras experiências que se desenvolveram a partir dela. Ele aponta os aspectos que definem esse modelo institucional: primeiramente, a existência de uma formação para o trabalho, uma “reconstrução do *homo oeconomicus*”; mais drástico ainda, estrutura-se uma rígida disciplina individual, em torno da ideia de segmentação do tempo, que busca a “transformação da alma e do comportamento”. Por fim, Foucault afirma que “o mais importante sem dúvida é que esse controle e essa transformação do comportamento são acompanhados — ao mesmo tempo condição e consequência — da formação de um saber dos indivíduos”⁸².

Em seguida, o autor irá cotejar o modelo dessas instituições reformatórias com aquele proposto pelo pensamento iluminista, com vistas a tornar claras suas semelhanças e diferenças, de modo que se traga luz às causas que levaram pela prevalência de um sobre o outro. Sua análise é sucinta e precisa.

Foucault aponta como ponto convergente, primeiramente, o olhar prospectivo desses modelos; ambos estavam voltados ao impedimento do cometimento de infrações posteriormente à execução da pena, sendo essencialmente utilitários. Ambos também se atentam para a necessidade de se levar em conta variáveis individuais na punição; previam a

⁸¹ *Ibid.*, p. 101.

⁸² *Ibid.*, p. 108.

singularização da pena. Porém, quanto a esse último aspecto, é gritante a diferença na técnica dessa individualização.

No modelo dos reformadores, baseado num esquema de representações e significados através do corpo do condenado, trata-se de atribuir ao sujeito o papel de reativar as normas e os valores atingidos pela infração. Portanto, nesse jogo de disseminação pública de sinais e sentidos, o fator de cálculo individual da pena se realiza num processo de requalificação do indivíduo como sujeito de direito. De maneira diversa ocorre no modelo da instituição reformatória, cuja aplicação não se dá por meio de esquemas representativos, mas, sim, através da coerção das atividades e das ações medidas ao longo do tempo. É sobre a formação do hábito e do comportamento que se dá a individualização da punição; trata-se, assim, da construção de um sujeito submetido a uma ordem e uma autoridade.

Essas são “duas maneiras, portanto, bem distintas de reagir à infração: reconstituir o sujeito jurídico do pacto social — ou formar um sujeito de obediência dobrado à forma ao mesmo tempo geral e meticulosa de um poder qualquer”⁸³. Como Foucault bem avalia, em se tratando de formar indivíduos submissos, essa seria uma diferença insignificante. Contudo, a natureza da execução da pena reformatória implica numa relação entre o sujeito subjugado e a instituição punitiva que necessariamente exclui a dimensão do “espetáculo da pena”.

O reformatório traz em seu próprio funcionamento o princípio de um poder total exercido integralmente no tempo, que deve regular a si mesmo, e que nada deve perturbar. A instituição correicional e sua coerção silenciosa e contínua sobre o corpo se aproxima muito mais da ideia de um poder oculto e secreto do que daquela concepção de um sistema comunicativo aberto, baseado na afirmação ampla de representações e significados.

Assim, fica evidente a completa incompatibilidade entre o modelo carcerário e aquele proposto pelos pensadores iluministas, posto que a prática de uma punição por meio da instituição reformatória compromete todo o projeto jurídico da reforma penal, baseado num sistema normativo que se propõe difuso no meio social, e que se exerceria como um poder evidente de todos os membros do pacto sobre o indivíduo.

Por fim, Foucault resume o apanhado de todo o conteúdo que reuniu até o momento sobre as teorias e práticas punitivas que disputavam o debate político na chegada da modernidade:

Em todo caso, pode-se dizer que nos encontramos no fim do século XVIII diante de três maneiras de organizar o poder de punir. A primeira é a que ainda estava funcionando e se apoiava no velho direito monárquico. As outras se referem, ambas, a uma concepção preventiva, utilitária, corretiva de um direito de punir que pertenceria à sociedade inteira; mas são muito diferentes entre si, ao nível dos

⁸³ *Ibid.*, p. 114.

dispositivos que esboçam. Esquemmatizando muito, poderíamos dizer que, no direito monárquico, a punição é um cerimonial de soberania; ela utiliza as marcas rituais da vingança que aplica sobre o corpo do condenado; e estende sob os olhos dos espectadores um efeito de terror ainda mais intenso por ser descontínuo, irregular e sempre acima de suas próprias leis, a presença física do soberano e de seu poder. No projeto dos juristas reformadores, a punição é um processo para requalificar os indivíduos como sujeitos de direito; utiliza, não marcas, mas sinais, conjuntos codificados de representações, cuja circulação deve ser realizada o mais rapidamente possível pela cena do castigo, e a aceitação deve ser a mais universal possível. Enfim no projeto de instituição carcerária que se elabora, a punição é uma técnica de coerção dos indivíduos; ela utiliza processos de treinamento do corpo — não sinais — com os traços que deixa, sob a forma de hábitos, no comportamento; e ela supõe a implantação de um poder específico de gestão da pena. O soberano e sua força, o corpo social, o aparelho administrativo. A marca, o sinal, o traço. A cerimônia, a representação, o exercício. O inimigo vencido, o sujeito de direito em vias de requalificação, o indivíduo submetido a uma coerção imediata. O corpo que é supliciado, a alma cujas representações são manipuladas, o corpo que é treinado; temos aí três séries de elementos que caracterizam os três dispositivos que se defrontam na última metade do século XVIII. Não podemos reduzi-los nem a teorias de direito (se bem que eles lhes sejam paralelos) nem identificá-los a aparelhos ou a instituições (se bem que se apoiem sobre estes), nem fazê-los derivar de escolhas morais (se bem que nelas encontrem eles suas justificações). São modalidades de acordo com as quais se exerce o poder de punir. Três tecnologias de poder.

O problema é então o seguinte: como é possível que o terceiro se tenha finalmente imposto? Como o modelo coercitivo, corporal, solitário, secreto, do poder de punir substitui o modelo representativo, cênico, significativo, público, coletivo? Por que o exercício físico da punição (e que não é o suplício) substituiu, com a prisão que é seu suporte institucional, o jogo social dos sinais de castigo, e da festa bastarda que os fazia circular?⁸⁴

O autor já havia demonstrado sua insatisfação com a explicação “tradicional” para a adoção generalizada da pena privativa de liberdade: que essa teria sido uma herança de práticas desenvolvidas ainda no Antigo Regime. Com esses últimos questionamentos apresentados, Foucault parte para a elaboração de uma pesquisa que surpreende tanto pela originalidade da metodologia utilizada quanto pela contundência das conclusões a que chegará.

Entretanto, a análise das próximas etapas de seu estudo escapa das pretensões e possibilidades do presente trabalho. Pode-se, contudo, afirmar que o autor desenvolve uma imprescindível narrativa em que se revela a importância do conceito de disciplinamento na sociedade moderna, enquanto um conjunto de práticas e mecanismos que permeiam a sociedade e abrange a experiência individual como um todo.

Essa argumentação se aproxima bastante, de certo modo, daquela apresentada por Melossi, em que se afirma que o esforço burguês de formação de um proletariado submisso se estende por múltiplos campos da ordem social. De fato, Foucault também irá dedicar uma análise ao projeto benthaniano de instituição disciplinar, mas com métodos e objetivos distintos. Assim, esse autor irá abstrair significados que extrapolam e muito o caráter institucional desses arranjos, motivo pelo qual encerra-se aqui o exame sobre seu discurso.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 115–116.

5. CONCLUSÃO

Como pode se depreender da exposição feita no presente trabalho, a construção do conhecimento da história não pode ser considerada uma tarefa banal. A existência de narrativas antagônicas para a explicação da adoção do modelo punitivo baseado na pena privativa de liberdade evidencia que o discurso histórico apresenta, em sua construção, a possibilidade de se formar com base em elementos diversos.

Isso significa, evidentemente, que a história, enquanto uma área do saber, se constitui num autêntico campo de embate político, no qual se dá a disputa pela significação dos fenômenos sociais, em termos de visões e interesses conflitantes. Essa realidade é especialmente relevante quando se leva em consideração a história do direito, uma vez que faz parte das pretensões da própria ordem jurídica a sua legitimação, e de seus mecanismos de regulação da vida em sociedade.

Portanto, diante desse cenário, considerações metodológicas quanto à construção do saber histórico-científico adquirem a mais alta importância, pois, de outro modo, correr-se-ia o risco da história perder seu significado diante de objetivos políticos na sua elaboração. Isso jamais significaria a pretensão de se criar um discurso histórico pautado na neutralidade — conceituação que não poder perder seu caráter político —, mas, pelo contrário, assumir que o conhecimento da história não existe dissociado da rede de sentidos que existe no contexto político e social.

Entre a ideia do conhecimento definitivo e a convulsão relativista, parece haver um campo fértil de construção de significados históricos capazes de — consistentes e coesos — serem úteis na compreensão da vida humana em sociedade. Assim, o esforço do historiador é o de ser capaz de elaborar narrativas que, ao mesmo tempo que sejam sofisticadas o bastante para alcançar a complexidade dos fenômenos humanos, apresentem uma lógica interna que resista a questionamentos profundos.

Colocadas perante o objeto do presente estudo, essas considerações mostram-se bastante contundentes. Os dois polos discursivos antagônicos apresentados possuem naturezas metodológicas e graus de complexidade absolutamente dissonantes. Isso é consequência direta dos diferentes objetivos e contextos em que essas narrativas se inserem.

A dogmática jurídica é um campo declaradamente dedicado à reprodução e à articulação dos mecanismos de controle vigentes. Sua própria razão de ser é a formação e difusão de um conhecimento voltado à perpetuação do direito e suas estruturas, num processo massificado de legitimação das práticas jurídicas.

Portanto, é absolutamente sem surpresas que se verifica no seio dessa literatura a existência de uma narrativa histórica acrítica para a explicação do advento do atual modelo punitivo. O que chama a atenção, entretanto, é a fragilidade com que se construiu tal narrativa: completamente estranha à metodologia histórico-científica, trata-se de um discurso desprovido de profundidade semântica, desconexo e muito pouco desenvolvido.

Nos manuais analisados nesse estudo, a narrativa histórica da dogmática jurídico-penal caracteriza-se pela constante escassez de fontes historiográficas e pela exiguidade na elaboração de seus raciocínios. Ela se resume à idealização completa da instituição carcerária, cuja origem se deu pela força dos valores humanitários do iluminismo reformador. Essa tese é repetida à exaustão num notório roteiro, convenientemente elaborado para realçar a defesa da liberdade e da dignidade como preocupações centrais do sistema punitivo atual.

Diversamente, o discurso histórico da tradição marxista se consubstancia num raciocínio de elevada complexidade, e que se propõe a analisar múltiplos fatores interligados no processo de transformação das práticas jurídicas, além de estar baseado numa quantidade muito superior de fontes e dados. Vale notar que ambas as narrativas — doutrinária e materialista — concordam que a pena privativa de liberdade é uma invenção recente na história da humanidade, e que está intrinsicamente ligada aos acontecimentos políticos que se desenrolaram no contexto dos séculos XVIII e XIX.

Entretanto, elas divergem fundamentalmente sobre os próprios significados dos processos políticos desencadeados nessa época, em especial sobre o movimento iluminista. Para a doutrina, o Iluminismo foi *per si* o fenômeno essencial que ensejou a mudança nas práticas punitivas até então vigentes. Para os marxistas, o pensamento iluminista deve ser considerado, na melhor das hipóteses, como uma causa secundária e concorrente para a adoção da pena privativa de liberdade. O discurso histórico-materialista aponta a reforma iluminista, muito mais, como um movimento por mudanças na própria estruturação e distribuição do Poder Judiciário e dos mecanismos jurídicos, do que como uma luta por uma nova natureza da pena.

A literatura de tradição marxista apresentada também se caracteriza por uma maior heterogeneidade entre as ideias de seus autores. Ainda que se perceba uma certa tendência pelo olhar mecanicista em suas análises, com sua ênfase sobrecarregada nas “determinantes externas” para a configuração dos mecanismos jurídicos, fica muito claro que ela vai além dessa concepção.

É possível ver nesse discurso a existência de uma preocupação em se demonstrar como a ideologia política que alimenta a concepção do instituto jurídico se amolda e se desenvolve de acordo com as condições econômicas em que se inserem as relações sociais, numa espécie

de correspondência bidirecional. Desse modo, a literatura marxista analisada parece perceber ser impossível a compreensão de um lado do fenômeno — sua vinculação material — sem sua associação com o outro — sua natureza intelectual e ideologicamente orientada —, e vice-versa.

Isso, de fato, coloca a narrativa histórico-materialista apresentada em um grau de elaboração que simplesmente supera o da visão doutrinária sobre a questão da origem do cárcere. Entretanto, como já salientado, isso não significa que se atingiu o valor absoluto e definitivo dessa tradição sobre a outra; pois é evidente, também, que uma visão da história baseada na dialética materialista, com seu intrínseco conceito de conflito de classes, possui seus próprios fundamentos e orientações políticas.

Significa, sim, que a tradição marxista foi, nesse estudo, capaz de construir significados históricos que se mostram extremamente úteis e valiosos para o entendimento do mundo que vivemos, e que não se limitam à postulação de conceitos abstratos. E esse é precisamente o objetivo que uma história crítica do direito parece estar inclinada a cumprir.

REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e alternativas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BORGES, Juliana. **O que é: encarceramento em massa?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015.
- CHAGAS, Bruna. **DVDs com imagens de massacre em prisão do AM se esgotam em camelôs**. *Folha de S. Paulo*, Manaus, 17 jan. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1850612-dvds-com-imagens-de-massacre-em-prisao-do-am-se-esgotam-em-camelos.shtml>. Acesso em: 8 nov. 2018.
- FOUCAULT, Michel. Sobre a prisão. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. cap. 8, p. 129-143.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 1996.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral, volume I**. 19ª ed. Niterói: Impetus, 2017.
- HESPANHA, A. M. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. 2ª ed. Portugal: Europa-America, 1998.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: Parte Geral**. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica: as Origens do Sistema Penitenciário (Séculos XVI–XIX)**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Atualização – Junho de 2016**. Brasília: 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 8 nov. 2018.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- WORLD PRISON BRIEF. **World Prison Population List**. Londres: 2016. Disponível em: http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf. Acesso em: 8 nov. 2018.